
En application de la loi du 11 mars 1957 (article 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans l'autorisation expresse de l'éditeur.

Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

Études et documents du Conseil d'État

Fondateur

René CASSIN

Comité de direction

Renaud DENOIX DE SAINT MARC, Vice-président du Conseil d'État.

Daniel LABETOULLE, Olivier FOUQUET, Bruno GENEVOIS, Marie-Ève AUBIN,
Jean-Michel BELORGEY, Raphaël HADAS-LEBEL, présidents de Section.

Jean-Michel BELORGEY, directeur de la publication.

Patrick FRYDMAN, secrétaire général du Conseil d'État.

Edwige BELLIARD, rapporteur général de la Section du rapport et des études.

Jean COURTIAL, rapporteur général adjoint de la Section du rapport et des études.

Bertrand du MARAIS, rapporteur général adjoint de la Section du rapport et des études.

Christophe HUON, secrétaire de rédaction de la publication.



Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Études et documents du Conseil d'État »

- Rapport public du Conseil d'État, 1999, Considérations générales : *L'intérêt général* (EDCE, n° 50), 1999.
- Rapport public du Conseil d'État, 2000, Considérations générales : *Les associations et la loi de 1901, cent ans après* (EDCE, n° 51), 2000.
- Rapport public du Conseil d'État, 2001, Considérations générales : *Les autorités administratives indépendantes* (EDCE, n° 52), 2001.
- Rapport public du Conseil d'État, 2002, Considérations générales : *Collectivités publiques et concurrence* (EDCE, n° 53), 2002.
- Rapport public du Conseil d'État 2003, Considérations générales : *Perspectives pour la fonction publique* (EDCE n° 54), 2003.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Statut et protection de l'enfant, 1991.
- L'Aide juridique : pour un meilleur accès au droit et à la justice, 1991.
- Sports : pouvoir et discipline, 1991.
- L'urbanisme : pour un droit plus efficace, 1992.
- Régler autrement les conflits :
Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, 1993.
- Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, 1995.
- La responsabilité pénale des agents publics, 1996.
- Les groupements d'intérêt public, 1997.
- Rendre plus attractif le droit des fondations, 1997.
- Pour une meilleure transparence de l'administration, 1998.
- Internet et les réseaux numériques, 1998.
- Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine, 1999.
- Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, 1999.
- L'utilité publique aujourd'hui, 1999.
- Les lois de bioéthique : cinq ans après, 1999.
- La norme internationale en droit français, 2000.
- L'influence internationale du droit français, 2001.
- La publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs, 2001.
- Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, 2002.

Collection « Documents d'études » – Jurisprudence du Conseil d'État

- Années 1988 à 2000 (disponibles).
- Année 2001, Documents d'études 6.14.

Collection « Notes et études documentaires »

- Les établissements publics nationaux, ND n° 4784, 1985.
- Droit international et droit français, ND n° 4803, 1986.
- Sciences de la vie – De l'éthique au droit, ND n° 4855, n^{lle} éd. 1988.
- Administration et nouvelles technologies de l'information, ND n° 4851, 1988.
- Les établissements publics : transformation et suppression, ND n° 4876, 1989.

Collection « Les études de la Documentation française »

- Le Conseil d'État, par J. Massot et T. Girardot, 1999.

Hors collection

La justice administrative en pratique, n^{lle} édition, 2001.

Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-président du Conseil d'État 7

I. Rapport d'activité

Activité juridictionnelle	15
Section du contentieux	17
Bureau d'aide juridictionnelle	49
Activité consultative	51
Assemblée générale	53
Section de l'intérieur	57
Section des finances	71
Section des travaux publics	87
Section sociale	101
Récapitulatif des statistiques pour 2003	117
Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution	119
Activité de la Section du rapport et des études	123
Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2003	125
Les études et la diffusion des travaux du Conseil d'État	135
L'action internationale du Conseil d'État	141
Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État	147
Bilan des formations	149
Activité de la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives	155
Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	159
Activité des juridictions spécialisées	167
Commission des recours des réfugiés	169
Vue d'ensemble de l'activité des juridictions spécialisées	175
Avis du Conseil d'État en 2003	177



II. Réflexions sur la laïcité

● Considérations générales

Un siècle de laïcité	241
Introduction	245
Première partie	
Le développement du concept de laïcité	249
Deuxième partie	
La laïcité en pratique	279
Troisième partie	
Vers un approfondissement ?	359
Conclusion	399
Index	401
Annexe 1	
Loi du 9 décembre 1905	405
Annexe 2	
Avis des formations administratives du Conseil d'État	417
Annexe 3	
Avis des formations contentieuses du Conseil d'État	431

● Contributions

L'État et l'Église au Royaume-Uni	437
<i>Duncan Fairgrieve</i>	
Pour une véritable culture laïque	445
<i>Émile Poulat</i>	
Le droit interne des religions dans la jurisprudence	453
<i>Emmanuel Tawil</i>	



Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc,
Vice-président du Conseil d'État

Comme chaque année, le rapport public du Conseil d'État comporte deux parties. La première fait le bilan de l'ensemble de l'activité juridictionnelle et administrative du Conseil. À l'approche du centenaire de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Églises et de l'État, il a été décidé de consacrer les considérations générales, objet de la seconde partie, au thème de la laïcité.

L'activité de la Section du contentieux montre en 2003 une stabilité d'ensemble des nouvelles affaires enregistrées et un léger accroissement des affaires jugées. L'objectif d'un stock inférieur à la capacité de jugement est atteint et, conséquence logique, la durée moyenne des instances diminue, pour passer au-dessous de la barre symbolique des 12 mois : elle est pour 2003 de dix mois et quinze jours. Il n'est pas sûr cependant que les évolutions à venir permettent de maintenir ou d'accentuer cette tendance satisfaisante, en raison notamment de l'accroissement prévisible des pourvois en cassation.

Pour ce qui concerne les référés, cette troisième année d'application de la réforme montre que l'on est parvenu à un point d'équilibre : avocats, administrations et collectivités territoriales se sont désormais familiarisés avec cette procédure, même si l'on constate encore le dépôt d'un certain nombre de requêtes non justifiées, voire abusives.

L'activité consultative, cette année encore, a été très intense. L'assemblée générale a ainsi eu à connaître de deux projets de loi constitutionnelle, de plusieurs projets de loi organique et d'importants projets de loi. Si, au total, les chiffres globaux de l'activité consultative connaissent une certaine baisse (1 142 projets de textes et avis en 2003



contre 1 268 en 2002), cette baisse s'accompagne, en revanche, d'une progression marquée du nombre de lois et d'ordonnances soumises au Conseil (131 en 2003 contre 111 en 2002) et de l'importance des textes, la plupart du temps longs et complexes. Le nombre de décrets réglementaires, qui avait très sensiblement augmenté en 2002, est retombé au niveau antérieur. Le nombre de décrets individuels, arrêtés et décisions dont le Conseil d'État est saisi se stabilise au niveau de 2002, la chute sensible enregistrée par rapport aux années précédentes étant ainsi arrêtée.

Les conditions dans lesquelles le Conseil d'État est appelé à se prononcer se sont, en outre, plus d'une fois révélées préoccupantes : délais très brefs, nombreuses saisines rectificatives de dernière minute, méconnaissance encore trop fréquente des obligations de consultation prévues par les textes de droit interne et de droit communautaire, qui conduit à des reports d'examen ou à des disjonctions. L'empiètement des projets de loi sur le domaine réglementaire est couramment constaté.

L'activité en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative fait apparaître un léger tassement des saisines, confirmant la tendance à la baisse constatée ces dernières années. Si les affaires d'exécution trouvent le plus souvent leur solution dans le cadre de la procédure non juridictionnelle d'aide à l'exécution, des difficultés pour obtenir l'exécution de la chose jugée persistent. Un nombre non négligeable des demandes a trait à des condamnations pécuniaires dont l'exécution n'aurait pas dû soulever de difficultés.

Deux études ont été réalisées en 2003 par la Section du rapport et des études à la demande du Premier ministre : l'une sur l'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social, l'autre sur les collectivités territoriales et les obligations communautaires. Dans le but de mieux faire connaître l'activité du Conseil d'État et des juridictions administratives en général, deux colloques ont été organisés. Le premier, ouvrant les célébrations du cinquantenaire des tribunaux administratifs, a réuni plus de mille personnes sur le thème « Le juge administratif et les libertés publiques », le second a regroupé quatre cents personnes autour des « Perspectives pour la fonction publique ».

L'action de coopération internationale du Conseil d'État s'est poursuivie à un rythme soutenu. L'activité de la cellule de droit communautaire montre qu'elle est de plus en plus sollicitée, sur des questions dont la complexité s'accroît.

Les éléments figurant dans le rapport sur l'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel font ressortir une augmentation de près de 14 % du nombre des affaires enregistrées auprès des tribunaux administratifs ; le nombre de requêtes nouvelles enregistrées atteint ainsi un niveau jamais égalé dans le passé. Cette croissance n'a



pu être totalement compensée par l'augmentation du nombre des affaires traitées. En revanche, la situation des cours administratives d'appel s'améliore, grâce à une relative stabilisation des entrées (+2,4 %) et à une augmentation sensible du nombre d'affaires traitées (+16,9 %). Pour la première fois depuis leur création, les cours ont jugé plus d'affaires qu'elles n'en ont reçues. Ces bons résultats s'expliquent notamment par la mise en œuvre des contrats d'objectifs passés par le Conseil avec chaque cour.

S'agissant des juridictions spécialisées, on relève en particulier la hausse importante du nombre de recours à laquelle doit faire face la Commission des recours des réfugiés. Le nombre de recours enregistrés en 2003 est de 40 p. 100 supérieur à celui de 2002. Ce chiffre est lié à l'augmentation du nombre de demandes devant l'OFPRA et des décisions rendues par l'Office.

Puisqu'il a joué un rôle essentiel dans la mise en œuvre de la loi de 1905 et plus généralement du principe de laïcité, le Conseil d'État a estimé pouvoir légitimement s'exprimer sur ce sujet. En retenant comme thème pour les considérations générales « Un siècle de laïcité », le choix a été fait de l'aborder de façon large, au-delà des débats actuels sur le port de signes religieux, qui, si importants soient-ils, ne sont que l'un des aspects de cette question.

Le Conseil d'État s'est attaché à faire le bilan de cent ans d'application de la loi de 1905 et à mettre en valeur le poids de l'histoire, la complexité du sujet, qui va bien au-delà du strict exercice des cultes, et le pragmatisme avec lequel le principe de laïcité s'est appliqué, dans un contexte parfois ponctué de crises.

Il a paru utile de procéder à un bref rappel de la genèse de la laïcité française, et de présenter l'historique, la philosophie et l'économie de la loi de 1905. Le rapport s'efforce d'appréhender le contenu de cette notion, sous l'angle des rapports entre laïcité d'une part, neutralité, liberté religieuse et pluralisme d'autre part.

L'exercice des cultes illustre dans le temps le passage d'une laïcité de combat à une laïcité plus apaisée. Mais la pratique de la laïcité ne se résume pas à cette question. Elle comporte d'autres aspects. Sans prétendre à l'exhaustivité, le rapport traite d'un certain nombre de domaines, en montrant, pour chacun d'entre eux, les difficultés qui ont été rencontrées et ont pu la plupart du temps être surmontées, au prix d'efforts de conciliation entre la liberté religieuse et le respect des règles applicables à tous.

La France de 2004 n'est plus celle de 1905. De nouvelles questions se posent, souvent liées à la place de l'islam dans la société française. Des besoins nouveaux apparaissent, s'agissant par exemple des lieux de culte.



Après avoir rappelé le contexte international dans lequel se situe la démarche française, le rapport met en lumière le champ offert par le droit interne pour permettre le libre exercice des cultes. Sans doute, ce rapport n'a pas pour objet de faire des propositions précises. Il considère cependant que le fondement juridique sur lequel s'est construite la laïcité française mérite d'être préservé. Il rappelle que le concept de laïcité n'interdit pas toute évolution. L'histoire de la laïcité française nous enseigne au contraire que bien des difficultés ont été surmontées. Mais les principes de liberté de conscience et de respect du pluralisme des croyances doivent se concilier avec le respect de l'ordre public et de la neutralité du service public.

Conformément à une coutume remontant à la création, en 1947, à l'initiative du Président René Cassin, de la revue Études et documents du Conseil d'État, une place est faite, dans le rapport public, à des contributions individuelles d'auteurs français et étrangers. Cette année, le professeur Duncan Fairgrieve, M. Émile Poulat, directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales et le professeur Emmanuel Tawil ont ainsi contribué à la réflexion sur le thème de la laïcité.



Index des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique, droit administratif
B. ou Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C. cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
D	Recueil Dalloz
DS	Droit social
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
GP	Gazette du Palais
JCP	La Semaine juridique
JO	Journal officiel de la République française
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFDA	Revue française de droit administratif

L'indication d'une page après une décision du Conseil d'État (CE), d'un tribunal administratif (TA) ou d'une cour administrative d'appel (CAA) renvoie au Recueil Lebon. Après une décision du Conseil constitutionnel (CC), elle renvoie au recueil de ses décisions. Il est en de même pour les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).



RAPPORT D'ACTIVITÉ



Activité juridictionnelle



Section du contentieux

Activité de la Section

I. – La comparaison des chiffres de 2002 et de 2003 avec ceux des années précédentes doit tenir compte de l'incidence de diverses réformes.

a/ – Un décret du 19 avril 2002, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, a modifié la procédure de règlement des questions de compétence à l'intérieur de la juridiction administrative ; jusque-là, la transmission à la juridiction compétente d'une requête portée à tort devant une autre juridiction supposait toujours l'intervention d'une ordonnance du président de la Section du contentieux, et, en 2001 cette activité représentait environ 2 500 affaires, tant en « entrées » qu'en « sorties » ; désormais les transmissions entre juridictions autres que le Conseil d'État ne font qu'exceptionnellement intervenir le président de la Section ; à la suite de cette réforme, cette rubrique n'avait plus représenté, pour l'ensemble de l'année 2002, qu'un millier d'affaires (soit une diminution, à ce titre, des « entrées » comme des « sorties » d'environ 1 500) ; en 2003, première année d'application sur 12 mois de la réforme, ce chiffre est passé à 311.

b/ – Une loi du 17 janvier 2002 a supprimé la commission spéciale de cassation des pensions (compétente en matière de pensions militaires d'invalidité) et transféré ses attributions au Conseil d'État ; les 712 affaires qui étaient en « stock » à la date d'effet (1^{er} avril 2002) de la suppression de la commission ont, à cette date, été transférées à la Section du contentieux ; 189 affaires nouvelles ayant été enregistrées entre le 1^{er} avril et le 31 décembre 2002, c'est au total un accroissement de 901 affaires que cette réforme avait entraîné pour les « entrées » de 2002. En 2003 les pensions militaires n'apparaissent, au titre des « entrées » que pour le flux des affaires nouvelles : 264.

c/ – Un décret du 24 juin 2003 a prévu que pour certains litiges de faible importance les tribunaux administratifs statueraient désormais en premier et dernier ressort. Si les jugements correspondants ne peuvent plus ainsi être contestés par la voie de l'appel devant les cours administratives d'appel, ils peuvent, en revanche donner lieu à un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. Applicable aux jugements rendus à compter du 1^{er} septembre 2003, cette réforme n'a, compte tenu des délais de recours, donné lieu jusqu'au 31 décembre 2003 qu'à 87 pourvois ; mais il est probable qu'en année pleine c'est plus de 500 affaires qui seront enregistrées à ce titre.



Dans le tableau qui suit les chiffres donnés pour 2002 et 2003 sont ceux tels qu'ils résultent de ces trois réformes. Mais leur interprétation doit tenir compte de ce qu'ils correspondent à un « périmètre » qui a varié.

	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Données brutes						
– Affaires enregistrées	10 232	12 747	12 800	12 793	11 471 ⁽¹⁾⁽²⁾	10 213 ⁽³⁾⁽⁴⁾
– Décisions rendues	10 481	13 551	13 837	13 155	11 739 ⁽²⁾	11 209
Données nettes						
– Affaires enregistrées	8 427	12 330	12 274	12 642	11 281 ⁽¹⁾⁽²⁾	9 905 ⁽³⁾⁽⁴⁾
– Décisions rendues	9 337	10 988	12 236	12 553	11 402 ⁽²⁾	11 135
Données nettes après déduction des ordonnances du Président de la Section du contentieux						
– Affaires enregistrées	5 520	8 817	8 073	9 425	9 467 ⁽¹⁾	8 746 ⁽³⁾⁽⁴⁾
– Décisions rendues	6 576	7 581	8 504	9 240	9 627	9 943

⁽¹⁾ dont 901 affaires relatives aux pensions militaires d'invalidité.

⁽²⁾ la réforme de la procédure de règlement des questions de compétence minore ce chiffre d'environ 1 500 affaires par rapport à 2001.

⁽³⁾ dont 264 nouvelles affaires de pensions militaires d'invalidité.

⁽⁴⁾ dont 87 (données brutes) et 73 (données nettes) pourvois en cassation contre des jugements de tribunaux administratifs rendus en dernier ressort (art. 11 du décret du 24 juin 2003).

II. – Ce tableau appelle les remarques suivantes.

1. En ce qui concerne les affaires enregistrées, l'apparente diminution que suggèrent les chiffres de 2003 par rapport à ceux de 2002 correspond au changement de « périmètre » que l'on vient d'évoquer et, plus précisément aux conséquences des réformes mentionnées aux « a » et « b » ci-dessus. La troisième rubrique du tableau qui précède, établie en déduisant des données nettes les affaires réglées par ordonnances du président de la Section du contentieux au titre, d'une part, de la procédure de règlement des questions de compétence, et d'autre part, des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle, et qui est la plus significative du « noyau dur » de l'activité juridictionnelle du Conseil d'État, fait apparaître une diminution de quelque 700 affaires : mais cette différence correspond, à quelques unités près, à cette donnée exceptionnelle, et en tout cas non répétitive, qu'avait été en 2002 le transfert du « stock » de la commission spéciale de cassation des pensions. Au-delà de l'apparence première, il y a donc au niveau global, stabilité des « entrées » en 2003 par rapport à 2002 et aussi par rapport à 2001, mais à un niveau plus élevé que celui des années antérieures (rappelons que 2001 a été la première année d'application de la procédure de référé évoquée au V ci-dessus).

Cette stabilité globale recouvre deux évolutions de sens contraire : d'une part une légère baisse du contentieux des étrangers (cf. le III ci-après) et d'autre part, conséquence logique de l'accroissement, amorcé en 2002 et accentué en 2003, du nombre des arrêts rendus par les cours administratives d'appel, une augmentation du nombre des pourvois en cassation dirigés contre ces arrêts. Quant au nombre des affaires correspondant à la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État, il est marqué par la stabilité.



2. Pour ce qui est des affaires jugées, les chiffres correspondant pour 2003 aux données « brutes » ou « nettes » doivent, comme pour les affaires enregistrées, être interprétés compte tenu de la réforme, mentionnée au Ia ci-dessus, de la procédure de règlement des questions de compétence, qui les minore sensiblement. Au-delà de l'apparente diminution c'est un léger accroissement qu'ils recouvrent en vérité : ce qu'exprime, après déduction des ordonnances du président de la Section, la troisième rubrique, la plus significative de l'activité juridictionnelle du Conseil d'État : on passe en effet de 9 627 affaires jugées en 2002 à 9 943 en 2003.

3. Le rapprochement du nombre des affaires enregistrées et jugées fait ainsi apparaître dans chacune des trois rubriques un surcroît des affaires jugées : 11 209 contre 10 213 en données brutes, 11 135 contre 9 905 en données nettes, 9 943 contre 8 746 après déduction des ordonnances du président de la Section.

Ces résultats trouvent leur prolongement dans l'évolution du nombre des affaires en instance. Le « stock » global, en données brutes passe de 10 342 au 31 décembre 2002 à 9 425 au 31 décembre 2003. Le chiffre, plus significatif, obtenu après déduction des « séries » et des affaires appelées à être réglées par ordonnances du président de la Section, passe de 10 026 à 8 809. Ce chiffre de 8 809 peut être rapproché de celui (9 943) correspondant, pour le même « périmètre », au nombre des affaires jugées ; le « stock » représente ainsi 88,6 % du « flux » des affaires jugées à rapprocher de 124 % au 31 décembre 1999, 117 % au 31 décembre 2000, 110 % au 31 décembre 2001 et 104 % au 31 décembre 2002. L'objectif d'un stock ne dépassant pas la capacité annuelle de jugement est ainsi atteint.

4. Des indications qui précèdent on doit, sans doute, retenir que la situation actuelle est saine.

Il convient toutefois de demeurer vigilant. Il n'est pas sûr en effet qu'au cours des mois ou des années qui viennent les diverses conditions qui ont permis une évolution satisfaisante permettront de prolonger et d'accentuer celle-ci.

Le Conseil d'État sera confronté à un accroissement des pourvois en cassation dirigés contre les jugements rendus en dernier ressort par les tribunaux administratifs (cf. ci-dessus Ic) et, au fur et à mesure de l'application des contrats d'objectifs conclus avec les cours administratives d'appel¹ contre les arrêts que rendent ces dernières.

Par ailleurs les bons résultats, en ce qui concerne le nombre d'affaires jugées, de 2002 et 2003 s'expliquent pour une part par le fait que les effectifs des formations juridictionnelles du Conseil d'État avaient retrouvé un niveau satisfaisant. Or à cet égard la situation est, depuis quelques mois, redevenue plus tendue.

1 - Ces contrats – dont la première année d'application a conduit à des résultats conformes, voire supérieurs aux prévisions correspondantes – devraient conduire à un doublement entre 2002 et 2007 du nombre d'arrêts rendus par les cours administratives ; l'évolution du nombre des pourvois en cassation sera du même ordre.



III. – Depuis quelques années on a pris l’habitude de consacrer un développement particulier à la charge que représente pour l’activité juridictionnelle du Conseil d’État le contentieux des étrangers et, plus précisément, la part de ce contentieux correspondant aux trois masses que constituent les requêtes dirigées contre les refus de visas, les appels contre les jugements des tribunaux administratifs statuant en matière de reconduite à la frontière et les pourvois en cassation contre les décisions de la commission des recours des réfugiés. (Ces trois rubriques ne recouvrent pas l’ensemble du contentieux du droit des étrangers ; mais on les regroupe en raison du nombre d’affaires que chacune d’entre elles représente et de la part qu’elles occupent dans le fonctionnement de la Section du contentieux).

Ainsi que le montre le tableau ci-dessous, le nombre d’affaires enregistrées à ce titre, qui était de 1 810 en 1998 a été de 3 186 en 2003, ce dernier chiffre ne différant qu’assez peu de celui de 2002, et s’inscrivant en retrait par rapport à 2001 et surtout 1999 et 2000 mais représentant encore 36,4 % des entrées nettes après déduction des affaires relevant des ordonnances du président de la Section.

Type de contentieux	Entrées						Sorties					
	1998	1999	2000	2001	2002	2003	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Reconduite à la frontière	881	2 094	2 120	2 173	2 196	2 355	557	1 261	2 043	2 242	2 037	2 251
Réfugiés	574	1 104	1 392	1 078	776	580	625	813	1 082	1 358	792	944
Visas	355	1 860	1 383	575	387	251	100	647	1 124	1 133	1 098	466
Total	1 810	5 058	4 895	3 826	3 359	3 186	1 282	2 721	4 249	4 733	3 927	3 661

Cette évolution des « entrées » est due à une diminution du taux des recours en cassation formés contre les décisions (dont le nombre a pourtant augmenté) de la commission des recours des réfugiés et, en ce qui concerne les recours contre les refus de visas, au prolongement des effets bénéfiques du décret du 10 novembre 2000 qui a prévu que les recours contentieux contre les refus de visas devraient désormais être précédés d’un recours administratif préalable devant une commission spécialement créée à cet effet auprès du ministre des Affaires étrangères.

Comme l’an dernier, cette amélioration de la situation du contentieux des visas appelle deux remarques. L’une pour souligner l’intérêt que représente, à bien des égards, la mise en place de tels mécanismes de recours préalable obligatoire devant un organisme « ad hoc »². L’autre pour appeler l’attention des pouvoirs publics sur la nécessité d’assurer la continuité des moyens de la « commission de recours contre les décisions de refus de visa d’entrée en France », dont la qualité du travail doit être saluée.

2 - L’article 23 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 a posé le principe d’un tel recours pour le contentieux de la fonction publique civile et militaire. Mais si ce principe a été mis en œuvre, d’une façon très satisfaisante, pour la fonction publique militaire, il ne l’a toujours pas été, faute de décret d’application, pour la fonction publique civile.



L'évolution du contentieux de la reconduite à la frontière est moins satisfaisante. Le nombre des appels enregistrés devant le Conseil d'État (qui était de 631 en 1997 et de 881 en 1998) dépasse pour la cinquième année consécutive le seuil des 2 000 affaires et se situe même en 2003 au plus haut niveau jamais atteint.

Il est vrai qu'ainsi que l'a prévu la loi d'orientation pour la justice, la création à Versailles, à l'automne 2004, d'une huitième cour administrative d'appel sera suivie, à compter du 1^{er} janvier 2005 du transfert aux cours administratives d'appel de la compétence pour connaître des appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs statuant en matière de reconduite à la frontière : transfert qui, selon le dernier alinéa de l'article 22 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 devait intervenir « au plus tard le 1^{er} septembre 1999 » mais qui, à l'initiative du Conseil d'État, avait, en raison de l'encombrement des cours administratives d'appel, été reporté « sine die » par la loi du 11 mai 1998 modifiant sur ce point l'article 22 bis.

Ce transfert aura le mérite de décharger le Conseil d'État d'une fonction de juge d'appel contraire à la logique de l'organisation juridictionnelle issue de la loi du 31 décembre 1987, mais il ne fera évidemment que déplacer le problème vers les cours administratives d'appel et notamment celles de Paris, Versailles et Marseille (dont les moyens devront être adaptés en conséquence) ; sa perspective ne doit donc pas dispenser les pouvoirs publics de s'interroger sur un dispositif qui entraîne pour les juridictions administratives une charge contrastant avec le sentiment de relative inefficacité que suggère le rapprochement entre le nombre des arrêtés de reconduite dont le juge admet la légalité et celui des mises à exécution effectives.

Pour le Conseil d'État lui-même, l'allègement que ce transfert entraînera à partir de 2006 (en 2005 il faudra juger les appels enregistrés jusqu'au 31 décembre 2004) risque d'être contrebalancé, avant même que ses effets soient perceptibles, par l'incidence que la réforme de la politique de l'asile et l'évolution correspondante des modalités d'intervention et des moyens de la commission des recours des réfugiés auront sur le nombre des pourvois en cassation dirigés contre les décisions, appelées à fortement augmenter, de cette juridiction.

IV. – Au cours de l'année 2003 le Conseil d'État s'est appliqué à tirer au mieux les conséquences de la réforme, précédemment évoquée, du contentieux des pensions militaires d'invalidité.

Ainsi qu'on l'a dit, 712 affaires étaient en instance devant la Commission spéciale de cassation des pensions lors de la suppression de celle-ci, le 1^{er} avril 2002. À quoi se sont ajoutées, au titre des affaires nouvelles 189 affaires enregistrées en 2002 et 264 enregistrées en 2003.

Les contraintes pratiques de la réorganisation de ce contentieux avaient limité à 31 le nombre d'affaires jugées en 2002. Ce chiffre est passé à 505 en 2003.

Au 31 décembre 2003, le « stock » s'élevait à 629, dont 336 introduites devant la Commission spéciale de cassation des pensions avant le 1^{er} avril 2002. L'amélioration du traitement de ce contentieux, souhaitée par le législateur est ainsi en partie réalisée. Elle devrait être achevée en 2004.



Ce bon résultat n'aurait pas pu être atteint sans les efforts exemplaires que les services du ministère de la Défense ont consentis pour présenter les observations de l'État dans les délais qui leur ont été impartis.

V. -2003 a été la troisième année d'application de la loi du 30 juin 2000 relative au référé administratif (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001).

Le juge des référés du Conseil d'État a été saisi de 386 requêtes (à comparer avec 364 en 2002 et 355 en 2001) et a statué sur 391 (364 en 2002 et 349 en 2001), dans un délai moyen de 12 jours.

Dans le même temps le Conseil d'État a été saisi de 815 pourvois en cassation contre des ordonnances émanant des juges des référés des tribunaux administratifs et s'est prononcé sur 817, le nombre de pourvois en « stock » s'élevant au 31 décembre 2003 à 347. On notera que le chiffre de 815 pourvois est inférieur à celui de 2002 (944), alors pourtant que le nombre d'ordonnances du référé susceptibles de pourvoi a augmenté d'environ 5 % : cette évolution divergente correspond à une légère baisse du taux de pourvoi en cassation, qui passe en dessous de 8 %³ ; c'est là un résultat satisfaisant qui suggère tout à la fois que, pour l'essentiel, les juges des référés des tribunaux administratifs font un bon usage – sans timidité ni témérité – de leurs pouvoirs et que les parties et leurs conseils perçoivent que cette procédure, dominée par les notions d'urgence et de mesures conservatoires, trouve en premier ressort son terrain d'élection, le juge de cassation ayant surtout un rôle – indispensable mais marginal – de régulation.

Cette évolution du nombre des pourvois en cassation s'explique aussi sans doute par le fait que l'œuvre jurisprudentielle d'interprétation de la loi est aujourd'hui à peu près achevée.

La réforme a-t-elle trouvé son équilibre ? Les chiffres le suggèrent ; ainsi que la façon dont les administrations de l'État comme des collectivités territoriales, de même que les avocats familiers du droit public ont su s'adapter à cette procédure nouvelle que, par ailleurs, magistrats et agents des greffes ont, au prix d'un effort méritoire, mise en œuvre à moyens constants. Il demeure, cependant, que, trop souvent, des requérants saisissent le juge des référés dans des hypothèses ou à des fins qui ne correspondent pas à la raison d'être de cette procédure : certaines de ces requêtes sont clairement abusives et correspondent à un usage dévoyé du droit au recours ; d'autres, sans encourir un tel reproche, sont manifestement vouées au rejet tant il est clair que l'une ou l'autre des conditions auxquelles les textes subordonnent le prononcé d'une mesure provisoire n'est pas remplie ; d'autres enfin suggèrent que leur auteur poursuit moins l'obtention effective d'une mesure conservatoire qu'un objectif à connotation tactique : soit attirer l'attention du public ou des médias ; soit adopter une posture vis-à-vis de l'autre partie ; soit inciter les juges à accélérer la procédure au fond. Il appartient au juge des référés de distinguer, parmi les affaires dont il est saisi, d'une part celles qui justifient tous ses soins, et pour lesquelles il doit envisager avec discernement de faire usage des pouvoirs que

3 - À titre de comparaison : le taux de recours en cassation entre les arrêtés des cours administratives d'appel est de l'ordre de 15 %.



le législateur lui a confiés et d'autre part celles où il court le risque d'être instrumentalisé, ou, à tout le moins, inutilement distrait de ses autres tâches.

VI. – Au regard de l'objectif permanent que doit constituer la diminution de la durée des instances⁴ la pratique de l'année 2003 et ses résultats appellent diverses observations.

a/ – La durée moyenne de l'instance diminue : c'est la conséquence logique de l'évolution, mentionnée ci-dessus, de l'importance relative du « stock » par rapport au nombre d'affaires jugées en 12 mois. Calculée à partir des chiffres obtenus après déduction des séries et des affaires appelées à être réglées par ordonnance du président de la Section, la durée théorique moyenne qui était d'un peu moins de quinze mois en 1999, d'un peu plus de quatorze en 2000, de treize mois et une semaine en 2001, de 12 mois et quinze jours en 2002, s'établit en 2003 à dix mois et quinze jours.

Ce passage en dessous du seuil symbolique de 12 mois (qui, en vérité aurait été obtenu dès 2002 si le stock ne s'était pas trouvé accru par le transfert des affaires qui étaient en instance devant la commission spéciale de cassation des pensions) est satisfaisant et correspond à l'un des objectifs retenus par la loi d'orientation pour la justice. Il n'est pas sûr qu'au cours des prochaines années cette durée moyenne puisse encore être sensiblement abaissée et il faut plutôt s'assigner comme but qu'en dépit de l'accroissement prévisible de la part des « entrées » correspondant aux affaires « lourdes » que sont les pourvois en cassation contre les arrêts des cours administratives d'appel, elle demeure au niveau de 2003.

b/ – Parallèlement à la recherche de ce maintien d'une durée statistique moyenne raisonnablement satisfaisante, il convient de veiller à ce que certains dossiers ne soient pas jugés dans un délai trop long. À cet égard les résultats de l'année 2003 laissent un peu à désirer.

La Section du contentieux s'était assigné pour 2003 un double objectif :

– que la part des affaires enregistrées depuis plus de 3 ans, qui après avoir baissé de 19 % au 31 décembre 1998 à 7,5 % au 31 décembre 1999, à 5 % au 31 décembre 2000, puis 4 % au 31 décembre 2001 mais était remontée à 4,5 % au 31 décembre 2002, soit ramenée au 31 décembre 2003 à 1 %, (ce qui correspond à la proportion, hélas à peu près incompressible des affaires marquées par des aléas particuliers de procédure) ;

– que la part des affaires enregistrées depuis plus de deux ans mais moins de trois ans, qui, après avoir été de 6 % au 31 décembre 2000 était à 8 % au 31 décembre 2001 comme au 31 décembre 2002 soit abaissée à environ 4 à 5 % au 31 décembre 2003, de façon à pouvoir rechercher en 2004 un abaissement à 2 %.

Ces deux objectifs, et notamment le premier, n'ont pas été atteints. S'agissant des affaires enregistrées depuis plus de deux ans et moins de trois ans, l'écart entre l'objectif (4 à 5 %) et le résultat (5 %) est assez limité. Il est plus (et trop) marqué pour les affaires enregistrées depuis plus de trois ans, dont la part n'a baissé que de 4 à 3,5 %.

4 - On vise ici les instances au fond, à l'exclusion des procédures de référé.



Il conviendra donc de prolonger et d'accentuer l'effort en 2004 pour ramener à 1 % la part des affaires enregistrées depuis plus de trois ans et à 2 à 3 % la part des affaires enregistrées depuis plus de deux ans et moins de trois ans. En vérité c'est sans doute ce dernier objectif qu'il sera le plus difficile d'obtenir : autant, en effet, le dépassement du délai de trois ans peut, au prix d'une dose appropriée de vigilance et de résolution, demeurer exceptionnel, autant, notamment pour certains pourvois en cassation, on approche vite, pour peu que se succèdent divers ralentissements de l'instruction entre les parties (demande d'aide juridictionnelle, dépassement des délais de présentation des mémoires...), de la durée des deux ans. À cet égard l'introduction des téléprocédures permettra sans doute de réaliser des progrès : mais c'est là un projet à moyen terme, qu'on se bornera, en 2004, à expérimenter.

c/ – plus satisfaisante est la façon dont, notamment dans l'exercice de sa compétence en premier et dernier ressort, le Conseil d'État parvient à juger rapidement, voire très rapidement, des affaires dont la nature ou l'importance justifie une célérité particulière.

La plupart des recours dirigés contre les décrets et – lorsqu'ils revêtent une importance particulière – les arrêtés réglementaires des ministres sont jugés en moins d'un an. À compter de 2004 il en sera de même pour les décisions de la commission nationale d'équipement commercial.

De façon beaucoup plus ponctuelle et « ciblée » le Conseil d'État, lorsqu'il est saisi d'affaires qu'il apparaît souhaitable de juger (au fond et non pas, de façon provisoire, en référé) dans un délai particulièrement bref, prend les dispositions appropriées.

Trois exemples peuvent être donnés à cet égard :

- saisi le 14 mars 2003 de la décision du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement relative à la prise de contrôle du Crédit lyonnais par le Crédit agricole, le Conseil d'État s'est prononcé le 16 mai, toutes dispositions ayant été prises en liaison avec les autorités boursières pour que cette décision intervienne avant la clôture de l'offre publique d'achat et d'échange des titres ;
- saisi les 15 et 17 juillet 2003 de protestations dirigées contre les résultats de la consultation des électeurs de Corse, sur la modification de l'organisation institutionnelle de cette région, qui s'était déroulée le 6 juillet, le Conseil d'État s'est prononcé le 17 octobre ;
- saisi le 21 novembre des décrets des 29 octobre et 4 novembre 2003 relatifs à l'organisation, en application de l'article 73 de la Constitution, d'une consultation des électeurs de Guadeloupe, le Conseil d'État s'est prononcé moins de deux semaines plus tard, le 4 décembre, soit en temps utile par rapport à la date – le 7 décembre – prévue pour cette consultation.

De tels résultats, qui passent par la conjugaison d'une très sensible réduction des délais que le juge assigne aux parties pour présenter leurs mémoires et d'une mobilisation exceptionnelle de ceux des membres du Conseil d'État chargés d'étudier ces dossiers, ne peuvent assurément être recherchés que pour un petit nombre d'affaires.

Mais ils suggèrent qu'il doit être possible de parvenir à ce que la plupart des affaires « normales » soient jugées dans un délai effectif ne différant pas sensiblement de l'actuelle durée moyenne.



Du constat qu'à l'heure actuelle, pour la grande majorité des dossiers, les membres du Conseil d'État travaillent à « flux tendus » une fois achevée l'instruction écrite contradictoire entre les parties, découle logiquement la conclusion que c'est prioritairement sur cette phase initiale (qui, en l'état présent, correspond aux deux tiers au moins de la durée totale de l'instance) qu'il faut faire porter l'effort. C'est souhaitable et c'est possible, dans le cadre d'une concertation avec l'ensemble des parties prenantes et par une utilisation judicieuse des technologies contemporaines. De ce point de vue aussi, la perspective de l'introduction progressive des téléprocédures aide à discerner les voies du futur et du progrès.

Tableau 1

Affaires enregistrées et décisions rendues par le Conseil d'État ^(a)

	1999	2000	2001	2002	2003
Affaires enregistrées	12 330 [12 747]	12 274 [12 800]	12 642 [12 793]	11 281 [11 471]	9 905 [10 213]
Décisions rendues ^(b)	10 988 [13 551]	12 236 [13 837]	12 553 [13 155]	11 402 [11 739]	11 135 [11 209]

(a) Les chiffres entre crochets incluent les séries.

(b) Y compris les décisions qui ne règlent pas définitivement un dossier : celles-ci atteignent 64 en 2003 (soit 11 145 décisions qui règlent définitivement un dossier).

Tableau 2

**Affaires enregistrées, réglées et en instance à la fin de la période considérée
Conseil d'État, cours administratives d'appel et tribunaux administratifs** ^(a)

	Conseil d'État		Cours administratives d'appel		Tribunaux administratifs	
	2002	2003	2002	2003	2002	2003
Affaires enregistrées	11 281 (11 471)	9 905 (10 213)	15 267 (16 557)	15 640 (16 436)	112 703 (118 106)	128 422 (138 060)
Affaires réglées	11 323 (11 660)	11 071 (11 145)	14 281 (15 244)	16 700 (17 899)	118 915 (130 801)	127 035 (134 479)
Affaires restant en instance ^(b)	10 190 (10 342)	8 993 (9 425)	40 968 (43 856)	40 058 (42 456)	196 068 (210 068)	197 913 (213 860)

(a) Les chiffres donnés entre parenthèses incluent les séries.

(b) Le stock, qui est donné à titre indicatif, ne résulte pas d'un inventaire direct.



Tableau 3
Affaires enregistrées et décisions rendues par matière (Conseil d'État) ^(a)

Matière	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2002	2003	2002	2003
Agriculture	226	167	177	176
Aide sociale	166	112	128	158
Armées	27	27	42	30
Collectivités territoriales	120	132	170	129
Comptabilité publique	19	16	13	30
Contentieux fiscal	520	716	723	539
Culture	14	8	13	16
Décorations	4	6	3	6
Domaine – voirie	65	100	73	78
Droits des personnes et libertés publiques	172	178	129	192
Économie	109	52	34	158
Éducation – recherche	178	101	286	191
Élections	115	70	671	57
Environnement	104	118	88	146
Établissements publics	14	19	17	24
Étrangers	3 710	3 556	4 256	4 014
Expropriation	66	47	92	81
Fonctionnaires et agents publics	1 077	980	991	1 206
Juridictions	96	109	72	130
Logement	33	42	64	32
Marchés et contrats	170	133	106	169
Pensions	1 168	839	310	728
Police	134	153	134	158
Postes et télécommunications	40	28	31	54
Professions	333	355	505	428
Radiodiffusion et télévision	53	59	36	55
Rapatriés	12	28	4	7
Santé publique	128	120	122	136
Sécurité sociale et mutuelles	80	94	97	102
Sports	26	34	19	29
Transports	67	38	42	50
Travail	158	164	185	177
Travaux publics	49	64	28	77
Urbanisme et aménagement	376	361	331	438
Divers	27	28	9	16

(a) À l'exclusion de celles des ordonnances du président de la Section du contentieux prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du Code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle.



Tableau 4
Affaires enregistrées (sauf séries)
d'après le mode de saisine du Conseil d'État

Mode de saisine du Conseil	2002		2003	
	Nbre	%	Nbre	%
Premier ressort	2 434	21,6	2 052	20,7
Appels des jugements des tribunaux administratifs	2 454	21,8	2 560	25,9
Cassation des arrêts des cours administratives d'appel	1 909	16,9	2 239	22,6
Autres cassations	2 849	25,2	1 987	20,1
Renvoi des tribunaux et des cours (compétence et connexité)	1 020	9,0	311	3,1
Demandes d'avis (art. L. 113-1 du Code de justice administrative)	11	0,1	14	0,1
Divers	604	5,4	742	7,5
Total	11 281	100	9 905	100

Tableau 5
Affaires réglées (sauf séries)
par les différentes formations du Conseil d'État

	2002	2003
Assemblée du contentieux	13	16
Section du contentieux	26	46
Sous-sections réunies	1 949	1 914
Sous-sections jugeant seules	3 580	3 687
Décisions du président de la Section du contentieux (contentieux de la reconduite à la frontière)	1 329	1 422
Ordonnances du juge des référés	364	391
Ordonnances du président de la Section du contentieux prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du Code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle	1 756	1 192
Ordonnances des présidents de sous-section	2 306	2 403
Total	11 323	11 071

Tableau 6
Durée des instances devant le Conseil d'État pour les décisions rendues

	2002		2003	
	(a)	(b)	(a)	(b)
Moins de 1 an	40 %	30 %	33 %	27 %
Entre 1 et 2 ans	38 %	44 %	42 %	46 %
Entre 2 et 3 ans	16 %	18 %	17 %	18 %
Plus de 3 ans	6 %	8 %	8 %	9 %

(a) Ensemble des décisions rendues (sauf séries)

(b) Déduction faite de celles des ordonnances du président de la Section du contentieux prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du Code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle.



Tableau 7

Affaires en instance devant le Conseil d'État : ancienneté du stock

Affaires enregistrées	au 31/12/2002 sur 9 466 affaires ⁽¹⁾		au 31/12/2003 sur 9 425 affaires	
Moins de 1 an		63 %		69 %
Entre 1 et 2 ans		24,5 %		22,5 %
Entre 2 et 3 ans		8 %		5 %
Entre 3 et 4 ans		2,5 %		2 %
Entre 4 et 5 ans		0,5 %		0,5 %
Au-delà de 5 ans		1,5 %		1 %

(1) Ce chiffre exclut le stock des affaires relatives aux pensions militaires d'invalidité

Tableau 8

Activité du juge des référés

Mode de saisine	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2002	2003	2002	2003
Premier ressort	286	305	286	309
– Référé suspension (art. L. 521-1 du CJA)	195	202	197	204
– Référé injonction (art. L. 521-2 du CJA)	69	73	66	75
– autres référés (1)	22	30	23	30
Appel	78	81	78	82
– Référé injonction (art. L. 521-2 du CJA)	78	81	78	82
– Déférés prévus par le Code général des collectivités territoriales (art. L. 554-3 et L. 554-9 du CJA)	0	0	0	0
Total	364	386	364	391

(1) Référés relevant des articles L. 521-3, R. 531-1, R. 532-1, R. 541-1, L. 553-1 et L. 554-4 du Code de justice administrative.

Tableau 9

Pourvois en cassation dirigés contre les décisions rendues en matière de référé

Décisions contestées	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2002	2003	2002	2003
Ordonnances de référé prises au titre de la procédure de l'article L. 522-3 du CJA	295	238	273	245
Ordonnances de référé suspension (art. L. 521-1 du CJA) ⁽¹⁾	551	435	492	456
Ordonnances de référé en matière de contrats et marchés	29	30	22	16
Décisions rendues en matière de référé fiscal	7	2	5	8
Autres ordonnances de référé (1) (2)	62	110	36	92
Total	944	815	828	817

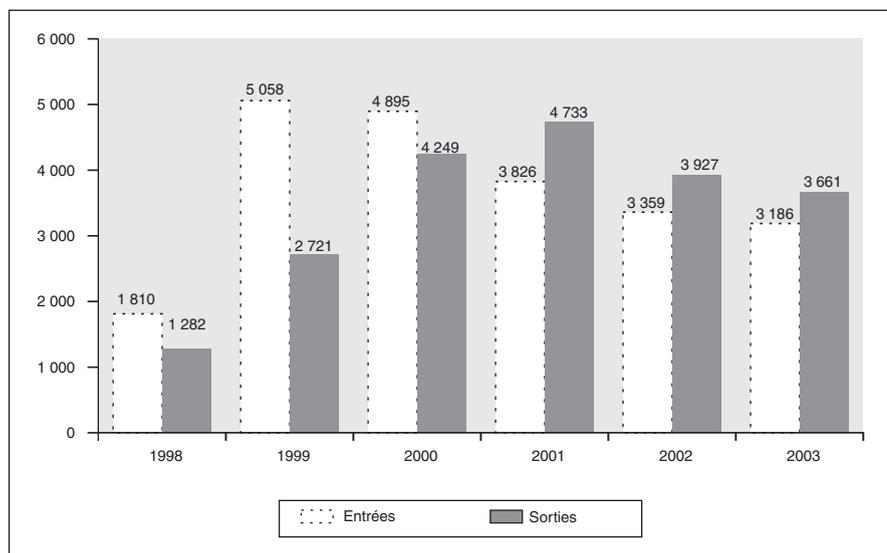
(1) À l'exclusion des ordonnances rejetant, au titre de la procédure de l'article L. 522-3 du Code de justice administrative, les demandes de référé.

(2) Y compris les ordonnances prises au titre de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative.



Contentieux des étrangers de 1998 à 2003

Entrées et sorties



Jurisprudence

Actes

Par une décision du 5 mars 2003 (*M. Aggoun*), l'Assemblée du contentieux a étendu son contrôle sur les conditions d'introduction en droit français des traités et accords internationaux au regard des prescriptions de l'article 53 de la Constitution, selon lesquelles certaines catégories de traités ou d'accords ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Le Conseil d'État a jugé qu'il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, de s'assurer qu'un traité ou un accord a été régulièrement ratifié ou approuvé, non seulement lorsqu'un tel moyen est invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir directement formé à l'encontre du décret de publication qui en a permis l'introduction dans l'ordre juridique interne (Ass. 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI « Haselaecker »*), mais aussi par voie d'exception, à l'occasion d'un litige mettant en cause l'application de cet engagement international, sans que puisse y faire obstacle la circonstance que le décret de publication dont la légalité est ainsi nécessairement contestée n'a pas été attaqué dans le délai de recours contentieux.

Si la légalité d'un acte administratif doit s'apprécier au regard des seules dispositions en vigueur, et donc publiées, à la date de sa signature, ce principe n'exclut pas une certaine souplesse. Le juge administratif admet ainsi que



l'administration puisse légalement prendre les mesures réglementaires nécessaires à l'exécution d'un texte non publié, dès lors que ces mesures n'entrent pas en vigueur avant que le texte sur lequel elles se fondent ait été régulièrement rendu opposable aux tiers. Par sa décision du 30 juillet 2003 (*Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs*), la Section du contentieux a jugé que cette jurisprudence ne s'applique pas dans le cas où le texte non publié détermine la procédure selon laquelle une mesure réglementaire doit être adoptée. Elle a donc annulé pour excès de pouvoir un acte réglementaire signé sans que cette signature ait été précédée d'une consultation dont le caractère obligatoire venait d'être supprimé par un texte non encore publié.

Banques

Saisi par une organisation syndicale d'une requête tendant à l'annulation de la décision par laquelle le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) avait autorisé, sous conditions, la prise de contrôle du Crédit lyonnais par le Crédit agricole, le Conseil d'État a précisé la portée des règles alors en vigueur en matière de concentrations bancaires. Il a ainsi jugé, par une décision d'Assemblée du 16 mai 2003 (*Fédération des employés et cadres CGT-FO et autres*) qu'il résultait du rapprochement et de la combinaison des articles L. 511-1 à L. 511-4 du Code monétaire et financier d'une part, et du livre IV du Code de commerce d'autre part, que l'ensemble des dispositions du livre IV du Code de commerce ne s'appliquaient qu'aux activités annexes des établissements de crédit telles qu'elles sont définies à l'article L. 511-3 du Code monétaire et financier. Seules les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles (titre II du livre IV du Code de commerce) et non celles relatives aux concentrations (titre III du livre IV du Code de commerce) étaient applicables aux opérations de banque et aux opérations connexes des établissements de crédit. Par suite, les opérations de concentration portant sur des activités bancaires n'étaient pas soumises à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'Économie, donnée le cas échéant après avis du conseil de la concurrence.

Le Conseil d'État a également jugé que l'habilitation donnée par l'article L. 511-10 du Code monétaire et financier au CECEI pour préserver le bon fonctionnement du système bancaire, en l'absence de règles de fond et de procédure édictées par le législateur et qui se substitueraient à celles écartées par l'article L. 511-4 de ce code, ne donnait pas compétence à ce comité pour procéder à un contrôle d'une opération de concentration en assortissant sa décision d'agrément de conditions particulières tenant au respect de la concurrence. Il a toutefois précisé qu'il incombait au CECEI, comme à toute autorité administrative détenant des pouvoirs dont l'exercice est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution et de services, de rechercher, dans l'exercice des pouvoirs d'agrément que lui confère le Code monétaire et financier, si une opération soumise à son autorisation conduit nécessairement à l'exploitation abusive d'une position dominante, prohibée par l'article L. 420-2 du Code de commerce, et, dans l'affirmative, d'interdire cette opération. Une telle obligation n'investissait pas le comité, pour autant, d'une compétence générale pour contrôler à titre préventif les opérations de concentration, lesquelles ne sont pas prohibées, et les soumettre à des conditions fondées sur une appréciation des risques pour la concurrence, laquelle n'est prévue par aucun texte.



Le Conseil d'État, ne pouvant que constater le vide juridique existant en matière de concentrations bancaires, a donc validé la décision autorisant la prise de contrôle du Crédit lyonnais par le Crédit agricole, tout en supprimant les conditions dont le CECEI lavait assortie en termes de cession d'agences dans plusieurs départements. Le législateur a tiré les conséquences de cette décision, en soumettant le secteur bancaire au droit commun des concentrations par les articles 24 et 25 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière.

Chasse

Afin d'être compatibles avec les objectifs de la directive 79/409/CEE du Conseil du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages, les dates d'ouverture et de fermeture de la chasse aux oiseaux de passage et au gibier d'eau doivent être fixées de façon à assurer une protection complète des espèces pendant leur période de vulnérabilité. La fixation de dates échelonnées en fonction des espèces ou des différentes parties du territoire n'est donc légale que s'il peut être établi, au regard des données scientifiques et techniques, que cet échelonnement est compatible avec cet objectif de protection complète. Par sa décision du 5 novembre 2003 (*Association pour la protection des animaux sauvages et autres*), la Section du contentieux a jugé qu'il ressortait des pièces versées au dossier, telles quelles avaient été précisées et discutées par les parties, et en particulier du premier rapport de l'Observatoire de la faune sauvage et de ses habitats, que la date du 9 août 2003 avait pu être légalement fixée pour l'ouverture anticipée de la chasse aux oies et au bécasseau maubèche. Elle a en revanche jugé cette date illégale pour l'ouverture anticipée de la chasse aux canards (sauf l'eider à duvet) et aux rallidés, comme intervenant au cours d'une période où ces espèces sont encore en période de reproduction ou de dépendance ou peuvent être confondues avec les espèces encore vulnérables, à l'exception toutefois de la macreuse noire et la macreuse brune pour lesquels cette date a pu légalement être retenue.

Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique

Le second alinéa de l'article L. 122-12 du Code du travail prévoit que, s'il survient une modification dans la situation juridique d'un employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds ou mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. Le Conseil d'État était saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un arrêté ministériel procédant à l'extension d'une convention collective, dont une clause avait pour objet d'imposer à un « employeur entrant » la reprise de contrats de travail, y compris lorsque les conditions d'application du second alinéa de l'article L. 122-12 du Code du travail ne sont pas remplies. Par sa décision du 30 avril 2003 (*Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*), la Section du contentieux a censuré l'arrêté d'extension en tant qu'il étendait cette clause en accueillant le moyen tiré de ce que l'extension de la convention aurait pour effet de conduire à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché,



notamment en limitant l'accès à ce marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises. Elle a jugé que, dans la mise en œuvre des pouvoirs d'extension d'une convention collective que le ministre du Travail tient des dispositions de l'article L. 133-8 du Code du travail, il lui incombe d'opérer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, une conciliation entre, d'une part, les objectifs d'ordre social de nature à justifier que les règles définies par les signataires d'une convention ou d'un accord collectif soient rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs du secteur et, d'autre part, les impératifs tenant à la préservation de la libre concurrence dans le secteur en cause. En l'espèce, en raison notamment du poids des dépenses de personnel dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, l'extension de la clause obligeant les nouveaux titulaires d'un marché public ou d'une délégation de service public relatifs à ce secteur, y compris ceux de ces titulaires qui n'adhèrent pas à l'organisation patronale signataire de la convention, à reprendre le personnel en place auquel l'employeur sortant n'aura pas proposé une affectation, est de nature à porter une atteinte excessive à la libre concurrence.

Communautés européennes

Par une ordonnance du 29 octobre 2003 (*Société Techna S.A. et autres*), le juge des référés du Conseil d'État a considéré qu'étaient de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité du décret du 1^{er} août 2003, qui impose de faire figurer sur les pré-emballages des aliments composés destinés à des animaux autres que les animaux familiers l'indication des pourcentages en poids des matières premières entrant dans leur composition, certains moyens, invoqués par la voie de l'exception, visant des vices qui affecteraient la directive n° 2002/2/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002. La motivation de cette ordonnance relève expressément et de façon inédite que des moyens analogues ont donné lieu, de la part de la « High Court of Justice », à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes pour que celle-ci se prononce sur la validité de la directive du 28 janvier 2002, et que ces moyens sont, pour des motifs de la même nature que ceux ayant conduit la « High Court » à prononcer ce renvoi préjudiciel, propres à faire naître un doute sérieux sur la légalité des dispositions du décret du 1^{er} août 2003.

Comptabilité publique

Par une décision du 4 juillet 2003 (*M. Dubreuil*), l'Assemblée du contentieux a jugé que le respect du principe d'impartialité faisait obstacle à ce qu'un membre de la Cour de discipline budgétaire et financière juge d'accusations relatives à des faits déjà appréciés par lui dans le cadre d'autres fonctions. Il en va ainsi, notamment, lorsqu'il a participé à l'adoption d'un rapport public de la Cour de comptes présentant comme établis et irréguliers les faits dont est saisie la Cour de discipline budgétaire et financière. En revanche, aucune règle ni aucun principe ne s'opposent à ce que la Cour de discipline budgétaire et financière, qui sanctionne les manquements des ordonnateurs aux règles de la comptabilité publique, comprenne des membres de la Cour des comptes, alors même que celle-ci est chargée de juger les comptes des comptables publics, et peut, en cas de gestion de fait, connaître de manquements commis par les ordonnateurs.



Par une décision du 17 octobre 2003 (*M. Dugoin*), la Section du contentieux a jugé que dans le cas où la Cour des comptes estime ne pas pouvoir se prononcer régulièrement sur un appel parce que les faits dont elle est saisie ont d'ores et déjà été évoqués dans son rapport public, il lui appartient de transmettre l'affaire au Conseil d'État afin que celui-ci, dans le cadre de ses pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif, donne à cette transmission les suites qui conviennent et, le cas échéant, se prononce lui-même sur les conclusions d'appel qui avaient été présentées à la Cour. Il en résulte que l'arrêt par lequel la Cour des comptes décline sa compétence au motif que le principe d'impartialité fait obstacle à ce qu'elle se prononce sur des faits qu'elle a auparavant évoqués et qualifiés doit être annulé pour erreur de droit. Compte tenu de ces circonstances, et eu égard à la nécessité de ne pas priver les personnes déclarées comptables de fait de leur droit, prévu par la loi, de former appel contre les jugements des chambres régionales des comptes, le Conseil d'État a décidé de régler l'affaire au fond en application de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative.

Constitution

La loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 a inséré dans la Constitution un article 72-1 qui prévoit en son troisième alinéa que le législateur peut décider de consulter les populations intéressées par la création d'une collectivité territoriale à statut particulier ou par la modification de l'organisation d'une telle collectivité. La première consultation de ce type s'est tenue en Corse le 6 juillet 2003. Son résultat a été contesté devant le Conseil d'État par des requêtes formées dans la seconde quinzaine de juillet. Par une décision du 17 octobre 2003 (*Consultation des électeurs de Corse*), l'Assemblée du contentieux a jugé, en premier lieu, que les griefs relatifs à la campagne précédant la consultation doivent être examinés en tenant compte des caractéristiques d'une telle consultation : pour apprécier si la sincérité du scrutin n'a pas été altérée, il convient de prendre en considération l'expression des partisans du vote « oui » et celle des partisans du vote « non », compte tenu de l'ensemble des positions prises et des moyens mis en œuvre en vue de convaincre les électeurs, tant au sein de la collectivité intéressée qu'au plan national. En second lieu, l'Assemblée a jugé que, pour déterminer si des irrégularités ont été susceptibles d'affecter le résultat de la consultation, il appartient au Conseil d'État de rechercher s'il peut être tenu pour certain qu'en l'absence de ces irrégularités le nombre de votes s'étant portés en faveur de la réponse arrivée en tête serait demeuré supérieur à celui des votes s'étant portés sur la réponse arrivée en seconde position.

Par une décision du 4 juillet 2003 (*M^{me} Marcilhacy*), l'Assemblée du contentieux a rappelé que les membres du Conseil économique et social siègent dans cette assemblée consultative en qualité de représentants des différentes activités économiques, sociales et culturelles du pays. Par suite, alors même que des organisations ou des associations interviennent dans la procédure de désignation des membres du Conseil économique et social nommés au titre de ces activités, les membres ne peuvent être regardés, dans l'exercice de leur mandat, comme les représentants de ces organisations ou associations. Dès lors, si les membres peuvent être déclarés démissionnaires d'office dans l'hypothèse où ils viendraient à perdre la qualité au titre de laquelle ils ont été désignés, ils ne sauraient voir leur mandat remis en cause par ces organisations ou associations.



Enfin, par une décision du 4 juillet 2003, l'Assemblée du contentieux s'est prononcée sur la suspension par le collège des questeurs de l'Assemblée nationale, à la suite de la condamnation par la cour d'assises de Bordeaux, du versement de pensions de retraite concédées à M. Papon en qualité d'ancien député. Elle a jugé que le régime des pensions des anciens députés faisait partie du statut du parlementaire, dont les règles particulières résultaient de la nature de ses fonctions, et qu'ainsi ce statut se rattachait à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement. Elle en a déduit qu'il n'appartenait pas au juge administratif de connaître des litiges relatifs au régime de pensions des parlementaires. Par une décision du même jour, l'Assemblée du contentieux s'est également prononcée sur la suspension du versement à M. Papon de sa retraite d'ancien préfet (voir rubrique « Pensions »).

Contributions et taxes

Par une décision du 18 octobre 2002 (*Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/Commune de Pantin*), le Conseil d'État avait jugé que les dotations que l'État verse aux collectivités locales pour compenser les réductions de base qu'il a instituées en matière de taxe professionnelle devaient être calculées en fonction de la totalité des bases d'imposition à la taxe professionnelle retenues dans les rôles au titre d'une année donnée, qu'il s'agisse des rôles primitifs ou des rôles supplémentaires. Le législateur s'est attaché à limiter les conséquences de cette jurisprudence en validant, par le IV de l'article 19 de la loi de finances pour 2002, les dotations passées, en tant que leur légalité serait contestée sur le fondement de l'absence de prise en compte des recettes comprises dans les rôles d'imposition supplémentaires. Par une décision du 29 janvier 2003 (*Commune d'Annecy*), la Section du contentieux a précisé la portée de cette loi de validation, en jugeant qu'elle ne couvrait pas les dotations compensant les pertes de recettes résultant de la diminution de la fraction des salaires prévue par le I de l'article 13 de la loi de finances rectificative pour 1982. Le Conseil d'État a également jugé que les « Hautes Parties Contractantes » qui, en vertu des stipulations de l'article 1^{er} de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la convention, sont les seuls États parties à cette convention. Il en a déduit qu'une commune ne peut être regardée comme une « Haute Partie Contractante » au sens de ces stipulations.

Par sa décision du 20 juin 2003 (*Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/Société Interhome AG*), la Section du contentieux a apporté d'utiles précisions sur la notion d'établissement stable au sens des conventions fiscales internationales destinées à éviter les doubles impositions. Saisie d'un litige dans lequel il convenait de faire application des stipulations du § 4 et du § 7 de l'article 5 de la convention franco-suisse, identiques à celles de la convention modèle OCDE, elle a admis qu'une filiale d'une société étrangère puisse être regardée comme un établissement stable de cette dernière, alors même qu'elle dispose d'une personnalité juridique distincte. La Section a toutefois précisé qu'en pareil cas deux conditions cumulatives doivent être remplies : la filiale doit apparaître comme un agent dépendant de la société mère et exercer habituellement, en droit ou en fait, des pouvoirs lui permettant d'engager cette société dans une relation commerciale s'inscrivant dans les activités normales de celle-ci.



Par une décision du 16 mai 2003 (*Société Télécoise*), la Section du contentieux a défini les règles relatives à la prise en compte, pour l'imposition d'une société dont le siège est en France, des aides apportées à une succursale à l'étranger. En raison des différences juridiques existant entre les filiales et les succursales, qui n'ont pas la personnalité morale, le Conseil d'État s'est refusé à transposer les règles relatives aux relations entre une société mère et sa filiale à l'étranger qu'il avait dégagées dans une décision du 11 février 1994 (*S. A. Les éditions Jean-Claude Lattès*). Il a distingué deux hypothèses. Lorsqu'une société exerce dans une succursale à l'étranger une activité industrielle ou commerciale, il a jugé qu'il résultait des dispositions des articles 38 et 209 du Code général des impôts qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte, pour la détermination des bénéfices imposables en France, des variations d'actif net imputables à des événements qui se rattachaient à l'activité de la succursale. En revanche, si la succursale entretient avec le siège des relations commerciales favorisant le maintien ou le développement des activités en France de la société, le Conseil d'État a admis la déductibilité des pertes subies ou régulièrement provisionnées résultant des aides apportées à la succursale dans le cadre de ces relations.

Par une décision du 26 février 2003 (*M. et M^{me} Morera*), la Section du contentieux a jugé que si les dispositions de l'article L. 13 du livre des procédures fiscales ont pour conséquence que toute vérification de comptabilité doit, en principe, se dérouler dans les locaux de l'entreprise vérifiée, un tel contrôle n'est toutefois pas nécessairement entaché d'irrégularité du seul fait qu'il ne s'est pas déroulé dans ces locaux. Sont ainsi régulières, lorsque la comptabilité ne se trouve pas dans l'entreprise, les opérations de vérification qui, d'un commun accord entre le vérificateur et les représentants de l'entreprise, se déroulent au lieu où se trouve cette comptabilité, dès lors que cette circonstance ne fait pas, par elle-même, obstacle à ce que la possibilité d'engager avec le vérificateur un débat oral et contradictoire demeure offerte à ces représentants.

Par une décision du 20 juin 2003 (*Société Établissements Lebreton – Comptoir général de peintures et annexes*), la Section du contentieux, statuant sous l'empire des dispositions issues de la loi du 8 juillet 1987, dite « loi Aicardi », a précisé le régime d'attribution et d'administration de la preuve de ce qu'une opération ayant donné lieu, dans la comptabilité d'un contribuable, à l'inscription d'une écriture de charge, constitue ou non un acte anormal de gestion. Dans le premier temps de son raisonnement, le Conseil d'État a rappelé qu'en vertu des règles gouvernant l'attribution de la charge de la preuve devant le juge administratif, applicables sauf loi contraire, s'il incombe en principe à chaque partie d'établir les faits nécessaires au succès de sa prétention, les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci. La Section du contentieux a alors confirmé, pour ce motif, une jurisprudence bien établie selon laquelle, alors même que l'administration fiscale est, en principe, tenue d'établir les faits sur lesquels elle se fonde pour invoquer le caractère anormal d'un acte de gestion, il appartient toutefois au contribuable de justifier tant du montant des charges qu'il entend déduire du bénéfice net défini à l'article 38 du Code général des impôts que de la correction de l'inscription de ces charges en comptabilité, c'est-à-dire du principe même de leur déductibilité. Dans un second temps, le Conseil d'État a jugé qu'en adoptant les dispositions aujourd'hui codifiées au



premier alinéa de l'article L. 192 du livre des procédures fiscales, le législateur n'a pas entendu déroger aux règles ci-dessus rappelées mais a seulement mis fin, sous réserve du cas prévu au deuxième alinéa du même article, à l'état du droit antérieur sous l'empire duquel l'avis rendu par la commission départementale des impôts directs et des taxes sur les chiffres d'affaires avait pour effet, s'il était favorable à l'administration fiscale, d'attribuer au contribuable la charge d'une preuve que l'intéressé n'aurait pas supportée si cette commission n'avait pas été saisie. La Section du contentieux a enfin déduit des considérations qui précèdent, s'agissant en particulier des charges dont l'administration fiscale soutient que leur engagement constitue un acte anormal de gestion, que le contribuable est tenu de produire, en toute hypothèse et quel que soit le sens de l'avis rendu, le cas échéant, par la commission départementale, tous éléments suffisamment précis portant sur la nature de la charge en cause, ainsi que sur l'existence et la valeur de la contrepartie qu'il en a retirée. Il a également jugé que dans l'hypothèse où le contribuable s'acquitte de cette obligation, il incombe ensuite aux services fiscaux, s'ils s'y croient fondés, soit de réfuter les allégations du contribuable ou d'établir que les éléments produits par l'intéressé sont dépourvus de valeur probante, soit de justifier qu'une disposition de la loi fiscale exclut la déduction des charges de cette nature, soit d'établir que la contrepartie de la charge litigieuse est dépourvue d'intérêt pour le contribuable, soit enfin de prouver que la rémunération de cette contrepartie est excessive.

Enfin, par deux décisions du 30 décembre 2003, la Section du contentieux s'est prononcée sur la combinaison des dispositions de l'article 212 du Code général des impôts avec diverses stipulations internationales. Ces dispositions limitent la possibilité de déduire, au titre des charges financières, les intérêts versés par une filiale à sa société-mère, mais prévoient que cette limitation ne s'applique pas aux sociétés qui bénéficient du régime mère-filiale, dont la loi exclut les filiales des sociétés étrangères ne disposant pas en France d'un établissement stable. Tirant les conséquences de la portée donnée par la Cour de justice des communautés européennes au principe de liberté d'établissement affirmé à l'article 52, devenu 43, du traité instituant la Communauté européenne, le Conseil d'État a jugé, par sa décision *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/S.A.R.L. Coréal Gestion*, qu'en l'absence d'une différence de situation objective entre la filiale française d'une société établie en France et la filiale française d'une société étrangère ne disposant pas d'un établissement stable en France, la circonstance que la limitation des possibilités de déduction s'applique à la seconde et non à la première était constitutive d'une restriction à la liberté d'établissement contraire au traité. Par sa décision *S.A. Andritz*, la Section du contentieux a jugé que ces dispositions étaient également incompatibles avec le principe de non-discrimination énoncé à l'article 26 § 3 de la convention franco-autrichienne du 8 octobre 1959, dans sa rédaction issue de l'avenant du 30 octobre 1970, principe qui est également affirmé dans le modèle type de convention établi par l'OCDE. Elle a refusé de faire droit à la demande de substitution de base légale formulée par l'administration fiscale sur le terrain de l'article 57 du Code général des impôts, qui permet la taxation en France des bénéficiaires transférés hors du territoire national par majoration ou diminution des prix d'achat ou de vente ou par tout autre moyen, en jugeant que ces dispositions n'autorisaient pas l'administration fiscale à apprécier le caractère normal du choix opéré par une entre-



prise étrangère de financer par l'octroi d'un prêt, de préférence à un apport de fonds propres, l'activité d'une entreprise qu'elle détient ou contrôle et à en tirer de quelconques conséquences fiscales.

Convention européenne des droits de l'homme

Par une décision du 29 janvier 2003 (*Commune de Champagne-sur-Seine*), la Section du contentieux a jugé que ni les stipulations de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni celles de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette convention ne peuvent être utilement invoquées dans un litige relatif à la répartition des ressources financières publiques entre personnes publiques.

Culture

La Section du contentieux, par une décision du 21 mars 2003 (*Association de protection des ayants droit et Société Groupement des artistes et concepteurs-créateurs d'environnement*), a précisé le champ d'application des aides à la création accordées par les sociétés de perception et de répartition des droits, en application de l'article L. 321-9 du Code de la propriété intellectuelle. La Section a admis, d'une part, que le b) de l'article R. 321-9 de ce code, dans sa rédaction issue du décret du 6 septembre 2001, a pu légalement prévoir que l'aide à la création s'entendait des actions de défense, de promotion et d'information engagées dans l'intérêt des créateurs et de leurs œuvres. D'autre part, la Section a jugé que le champ de l'aide à la création s'étendait également, non seulement aux aides à des manifestations présentant un spectacle vivant à titre principal ou subsidiaire, mais aussi à des actions propres à assurer la diffusion du spectacle vivant.

Étrangers

Par une décision du 17 octobre 2003 (*M. Bouhsane*), la Section du contentieux a modifié la nature du contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir sur les décisions de refus opposées pour un motif d'ordre public à une demande de titre de séjour. Un étranger remplissant l'une des conditions énumérées aux 1^o à 11^o de l'article 12 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 a droit à la délivrance d'une carte de séjour temporaire sous la seule réserve que sa présence ne constitue pas une menace pour l'ordre public. Lorsque l'administration lui oppose ce motif, le Conseil d'État a jugé qu'il appartenait au juge de l'excès de pouvoir, saisi d'un moyen en ce sens, de rechercher si les faits invoqués par l'administration à cet égard étaient de nature à justifier légalement le refus de séjour. Cette décision peut être rapprochée d'une décision du 3 mars 2003 (*Ministère de l'intérieur c/Rakhimov*) par laquelle le Conseil d'État a également jugé que, s'agissant des refus d'admission sur le territoire national opposés par l'administration pour un motif d'ordre public, le contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir sur ce motif était également un contrôle normal.



Fonction publique

Par une décision du 4 juillet 2003 (*M^{me} Moya-Caville*), l'Assemblée du contentieux a profondément modifié sa jurisprudence relative à la réparation des dommages subis par les agents publics à la suite d'accidents de service ou de maladies professionnelles, en apportant d'importants aménagements à la règle du forfait de pension. L'Assemblée du contentieux a confirmé que les dispositions législatives applicables aux différentes catégories de fonctionnaires déterminent forfaitairement la réparation à laquelle un fonctionnaire victime d'un accident de service ou atteint d'une maladie professionnelle peut prétendre, au titre de l'atteinte qu'il a subie dans son intégrité physique. Elle a cependant jugé que ces dispositions ne font pas obstacle à ce que l'intéressé obtienne de la collectivité qui l'emploie, même en l'absence de faute de celle-ci, une indemnité complémentaire réparant des chefs de préjudice distincts de l'atteinte à l'intégrité physique : souffrances physiques ou morales, préjudices d'esthétique ou d'agrément. L'Assemblée a enfin jugé que ces dispositions ne font pas non plus obstacle à ce que l'intéressé engage contre la collectivité une action de droit commun pouvant aboutir à la réparation intégrale de l'ensemble du dommage, dans le cas notamment où l'accident ou la maladie serait imputable à une faute de nature à engager la responsabilité de cette collectivité ou à l'état d'un ouvrage public dont l'entretien lui incombait.

Par une décision du 2 avril 2003 (*M. Gosset*), l'Assemblée du contentieux a précisé la nature de l'avis par lequel la commission de recours du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État déclare qu'il n'y a pas lieu de donner suite à la requête présentée devant elle. Les fonctionnaires de l'État faisant l'objet d'une sanction disciplinaire peuvent en effet, dans certaines circonstances, saisir cette instance d'un recours administratif qui ne fait pas obstacle à l'exécution de la sanction mais suspend le délai de recours ouvert à son encontre. La commission émet alors, à l'intention du ministre intéressé, soit une recommandation tendant à faire lever ou modifier la sanction infligée, qui n'impose au ministre que de réexaminer la situation du fonctionnaire poursuivi, soit un avis déclarant qu'il n'y a pas lieu de donner suite à la requête, qui met un terme définitif à la procédure disciplinaire. L'Assemblée a jugé que, dans ce dernier cas, l'avis rendu par la commission de recours ne présente pas le caractère d'une décision susceptible de recours. Il appartient à l'intéressé de se pourvoir directement contre la sanction prononcée à son encontre.

Rappelant le principe selon lequel le fonctionnaire stagiaire est dans une situation précaire et provisoire, la Section du contentieux a jugé le 3 décembre 2003 (*Syndicat intercommunal de restauration collective*) que la décision de ne pas titulariser un stagiaire de la fonction publique en fin de stage, pour un motif tenant non à une faute disciplinaire qu'il aurait commise mais à son inaptitude professionnelle, même si elle est prise en considération de sa personne et de sa manière de servir, n'est pas au nombre des mesures qui ne peuvent légalement intervenir sans que l'intéressé ait été mis à même de faire valoir ses observations ou de prendre connaissance de son dossier, et n'est soumise qu'aux formes et procédures expressément prévues par les lois et règlements.



Par une décision du même jour (*M^{me} Mansuy*), la Section a décidé qu'il en allait de même de la décision du jury de classement des auditeurs de justice de l'École nationale de la magistrature d'écarter de l'accès aux fonctions judiciaires un auditeur de justice en raison de son inaptitude à ces fonctions.

Mais, s'agissant des fonctionnaires titulaires, la Section du contentieux a jugé le 30 décembre 2003 (*Ministre de l'éducation nationale c/M^{me} Tiraspolsky*) que si, en application de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, la mutation d'office dans l'intérêt du service doit être précédée de la consultation de la commission administrative paritaire compétente, l'existence de cette procédure ne se substitue pas à la garantie, distincte, de communication préalable du dossier prévue par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905.

Magistrats

Il résulte de l'article 65 de la Constitution et des articles 48 et 66 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature que le conseil supérieur de la magistrature (CSM), lorsqu'il est saisi de manquements reprochés à des magistrats du parquet, ne dispose que du pouvoir démettre un avis sur le principe d'une sanction et, le cas échéant, le quantum de celle-ci. Il appartient ensuite au garde des sceaux d'exercer son pouvoir disciplinaire en infligeant, s'il retient l'existence d'une faute, une sanction. Dès lors, la Section du contentieux en a déduit, par une décision du 20 juin 2003 (*M. Stilinovic*), que le garde des sceaux méconnaît l'étendue de sa compétence et commet une erreur de droit lorsque, après avoir publiquement fait savoir qu'il se conformerait à l'avis du CSM, il s'approprie entièrement les motifs et la portée de son avis. Dans cette affaire, le comportement du substitut qui, disposant d'indices graves à l'encontre d'une personne soupçonnée d'avoir commis plusieurs homicides, n'en avait pas informé le procureur de la République, a été jugé constitutif d'une faute disciplinaire non susceptible de bénéficier de l'amnistie. Le Conseil d'État a en revanche jugé qu'en décidant la mise à la retraite d'office du magistrat concerné, le garde des sceaux avait commis une erreur manifeste d'appréciation.

Par une décision du 30 décembre 2003 (*M^{me} Mocko*), la Section du contentieux a jugé que le Conseil d'État statuant au contentieux exerce un contrôle restreint sur l'appréciation à laquelle se livre la commission, prévue à l'article 34 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, sur les garanties nécessaires à l'exercice des fonctions de magistrat que présentent les candidats à une nomination, sur le fondement de l'article 22 de la même ordonnance, au second grade de la hiérarchie judiciaire.

Marchés et contrats administratifs

Par deux décisions du 5 mars 2003, l'Assemblée du contentieux s'est prononcée sur la légalité de diverses dispositions du décret du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics.



Était essentiellement en cause, dans la première de ces affaires (*Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*), la compétence du pouvoir réglementaire pour fixer les règles relatives aux marchés des collectivités locales, matière qui relève normalement du domaine de la loi, au titre des « principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales » (article 34 de la Constitution). Par une décision d'Assemblée du 29 avril 1981 (*Ordre des architectes*), le Conseil d'État avait déjà jugé que le gouvernement tenait sa compétence, d'une part, s'agissant des marchés de travaux, de l'article 21 de la loi du 7 août 1957, d'autre part, et plus généralement, de l'article 1^{er} du décret du 12 novembre 1938, aux termes duquel « les dispositions des textes législatifs et réglementaires relatifs à la passation et à l'exécution des marchés de l'État peuvent être étendues, par règlements d'administration publique, (...) et sous réserve des ajustements nécessaires, aux départements, aux communes et aux établissements publics relevant de l'État, des départements et des communes ». En effet, étant de nature législative, car prise en vertu d'une habilitation consentie par une loi dite « de pleins pouvoirs » du 5 octobre 1938, cette disposition est toujours en vigueur. Pour rejeter la requête de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, qui contestait la légalité du décret du 12 novembre 1938 lui-même, l'Assemblée du contentieux a, par sa décision du 5 mars 2003, estimé que l'auteur de ce décret avait pu légalement renvoyer à des règlements d'administration publique à intervenir, y compris après la date d'expiration de l'habilitation qu'il tenait de la loi du 5 octobre 1938, le soin d'édicter les mesures d'application de la règle, fixée par lui en vertu de cette habilitation, d'extension aux marchés des collectivités locales, sous réserve des ajustements nécessaires, des dispositions applicables aux marchés de l'État.

La seconde affaire (*Union nationale des services publics industriels et commerciaux*) a donné au Conseil d'État l'occasion de se prononcer, plus ponctuellement, sur la légalité de plusieurs dispositions du Code des marchés publics dans sa version issue du décret du 7 mars 2001. Outre une série de moyens dirigés contre l'article 68 de ce code, relatif à l'appel d'offres sur performances, dont il a été jugé que les dispositions ne sauraient avoir pour effet d'affranchir la personne responsable du marché du respect du secret des affaires, de la propriété intellectuelle et de légalité entre les candidats, était en cause, pour l'essentiel, la compatibilité avec le droit communautaire des dispositions de l'article 3, qui excluent du champ d'application du code plusieurs catégories de marchés. L'Assemblée du contentieux a d'abord admis la compatibilité avec les objectifs de la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures des dispositions du 1° de l'article 3, relatives aux « contrats conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ». Ces dispositions ne font, en effet, que transposer la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à ce qu'il est convenu d'appeler les marchés de prestations internes ou intégrées, dits aussi marchés *in house* (CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Srl c/Comune di Viano et autre*).



Ont également été validées les dispositions du 2° de l'article 3, qui excluent du champ d'application du Code des marchés publics les marchés de services conclus avec des personnes publiques soumises à ce code ou avec des personnes morales de droit privé soumises à la loi du 3 janvier 1991, à condition que ces personnes bénéficient, « sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ayant pour effet de [leur] réserver l'exercice d'une activité » : cette exception est en effet expressément prévue tant par l'article 6 de la directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services que par l'article 11 de la directive n° 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. En revanche, l'Assemblée du contentieux a censuré, en raison de sa trop grande généralité, le 7° de l'article 3, relatif aux « contrats de mandat ». Elle a estimé, en effet, qu'une telle disposition ne pouvait soustraire de façon générale et absolue tous ces contrats (y compris ceux qui, conclus à titre onéreux, sont passés en vue de la prestation d'autres services) à l'application des dispositions du Code des marchés publics prises pour assurer la transposition des dispositions de la directive du 18 juin 1992.

Ouvrages publics

Par une décision du 29 janvier 2003 (*Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes Maritimes et commune de Clans*), la Section du contentieux a mis fin, en ce qu'il pouvait avoir d'absolu, au principe de l'intangibilité de l'ouvrage public. Elle a ainsi jugé que, lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté de façon irrégulière, il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si une régularisation appropriée est possible, eu égard notamment aux motifs de la décision. Si tel n'est pas le cas, il revient ensuite au juge administratif de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que l'existence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, afin d'apprécier, en rapprochant ces deux éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général.

Pensions

Par une décision du 26 février 2003 (*M. Nègre*), la Section du contentieux a jugé que la décision de réviser, sur le fondement de l'article L. 55 du Code des pensions civiles et militaires de retraite, une pension déjà concédée doit être motivée en application de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979, dès lors qu'elle procède au retrait d'une décision de liquidation de pension, créatrice de droits au sens de ces dispositions. Toutefois, s'agissant d'une décision que l'administration est tenue de prendre, après avoir constaté l'ancienneté acquise par l'intéressé, sans avoir à porter une appréciation sur les faits de l'espèce, le ministre se trouve en situation de compétence liée. Dès lors, si le moyen tiré



du défaut de motivation de cette décision est fondé, il n'en est pas moins inopérant à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé à son encontre.

Saisi par le tribunal administratif de Toulouse d'une demande d'avis formulée en application de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, le Conseil d'État s'est prononcé par un avis du 2 avril 2003 (*M. Sarrat*) sur l'applicabilité de la disposition de l'article L. 58 du Code des pensions civiles et militaires de retraite qui prévoit, parmi les cas de suspension du droit à l'obtention ou à la jouissance de la pension et de la rente viagère d'invalidité, la condamnation à une peine afflictive ou infamante. L'Assemblée du contentieux a jugé que l'entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994 du nouveau Code pénal, au sein duquel ne figure plus la catégorie des peines afflictives et infamantes et des peines seulement infamantes, avait privé d'effet cette disposition de l'article L. 58.

Par une décision du 4 juillet 2003, l'Assemblée du contentieux, saisie de la suspension pour condamnation à une peine afflictive et infamante du versement de pensions de retraite concédées à M. Papon en qualité d'ancien préfet, a tiré les conséquences de cet avis. Le Conseil d'État a ainsi annulé la décision prise par le chef du service des pensions du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie de suspendre ce versement sur le fondement des dispositions de l'article L. 58 du Code des pensions civiles et militaires de retraite, ces dispositions ayant été privées d'effet en raison de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal.

Procédure contentieuse (hors référés)

Par deux décisions du 17 octobre 2003, la Section du contentieux a apporté des précisions au régime du recours en appréciation de légalité, que les parties à un litige devant un tribunal judiciaire peuvent être amenées à soumettre au juge administratif, sur renvoi de ce tribunal, lorsque ce dernier a sursis à statuer en présence d'une question préjudicielle relevant de la juridiction administrative.

Par la première décision (*M. Bompard et autres*), ont été clarifiées les conséquences qu'il convient de tirer, s'agissant de la recevabilité des moyens présentés devant le juge administratif à l'appui d'un tel recours, de la règle selon laquelle, lorsqu'il est saisi d'une question préjudicielle en appréciation de validité d'un acte administratif, il n'appartient pas à ce juge de trancher d'autre question que celle qui lui a été renvoyée par l'autorité judiciaire. Il en résulte que, lorsque le tribunal judiciaire a indiqué dans son jugement le ou les moyens invoqués devant lui qui lui paraissaient justifier le renvoi, le juge administratif doit limiter son examen à ce ou ces moyens et ne peut connaître d'aucun autre, fût-il d'ordre public. Ce n'est que dans le cas où le tribunal de renvoi n'a limité la portée de la question posée ni dans ses motifs ni dans son dispositif que le juge administratif doit examiner tous les moyens présentés devant lui, sans qu'il y ait lieu de rechercher si ces moyens avaient été invoqués dans l'instance judiciaire.

Une seconde décision (*Syndicat des copropriétaires de la résidence « Atlantis » et autres*) détermine l'étendue de l'office du Conseil d'État lorsqu'il est saisi, au titre de sa compétence d'appel, d'un jugement de tribunal



administratif rendu sur un recours en appréciation de légalité, dans le cas particulier où, en cours d'instance devant le Conseil d'État, une cour d'appel judiciaire a, tout en confirmant le principe du renvoi, étendu la portée de la question préjudicielle initialement posée par la juridiction de première instance, en demandant au juge administratif d'examiner des moyens supplémentaires. La Section du contentieux a estimé qu'en pareil cas, et dès lors que cette nouvelle question avait fait l'objet d'un débat contradictoire, le Conseil d'État devait, pour des considérations de bonne administration de la justice, se prononcer sur l'ensemble de la question formulée, dans le dernier état de ses décisions juridictionnelles, par l'autorité judiciaire, et ce alors même que, par hypothèse, le tribunal administratif n'avait pu examiner cette question dans toute l'étendue que lui avait donnée la cour d'appel.

Une décision du 3 décembre 2003 (*Préfet de la Seine-Maritime c/M. El Bahi*) a permis à la Section du contentieux, à l'occasion d'un litige portant sur une reconduite à la frontière, de préciser les conditions dans lesquelles le juge de l'excès de pouvoir peut procéder à une substitution de base légale. La Section du contentieux a indiqué que lorsqu'il constate que la décision contestée devant lui aurait pu être prise, en vertu du même pouvoir d'appréciation, sur le fondement d'un autre texte que celui dont la méconnaissance est invoquée, il peut substituer ce fondement à celui qui a servi de base légale à la décision attaquée, sous réserve que l'intéressé ait disposé des garanties dont est assortie l'application du texte sur le fondement duquel la décision aurait dû être prononcée. Elle a ajouté qu'une telle substitution relevant de l'office du juge, celui-ci peut y procéder de sa propre initiative, au vu des pièces du dossier, mais sous réserve, dans ce cas, d'avoir au préalable mis les parties à même de présenter des observations sur ce point.

Par une décision du 16 mai 2003 (*M^{lle} Matselva*), la Section a du contentieux a jugé que le fait, pour le juge de première instance, d'écarter à tort un moyen comme irrecevable ne constitue pas une irrégularité de nature à entraîner l'annulation du jugement par le juge d'appel saisi d'un moyen en ce sens. Il appartient seulement à ce dernier, dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel qui est résulté de l'introduction de la requête et après avoir, en répondant à l'argumentation dont il était saisi, relevé cette erreur, de se prononcer sur le bien-fondé du moyen écarté à tort comme irrecevable, puis, le cas échéant, sur les autres moyens invoqués en appel.

Procédure contentieuse (référés)

Par une décision du 16 mai 2003 (*SARL Icomatex*), la Section du contentieux a jugé que lorsque le juge des référés est saisi sur le fondement de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative d'une demande d'expulsion d'un occupant du domaine public, il lui appartient de rechercher si, au jour où il statue, cette demande présente un caractère d'urgence et ne se heurte à aucune contestation sérieuse. Dans le cas où la demande d'expulsion fait suite à la décision du gestionnaire du domaine de retirer ou de refuser de renouveler le titre dont bénéficiait l'occupant et où cette décision exécutoire n'est pas devenue définitive, le juge apprécie si la condition relative à l'absence de contestation sérieuse est satisfaite en examinant, notamment, la nature et le bien-fondé des moyens soulevés devant lui à l'encontre de cette décision.



Une décision du 5 novembre 2003 (*Association Convention vie et nature pour une écologie radicale et autres*) a permis à la Section du contentieux de préciser qu'elle était l'autorité des décisions de suspension prononcées par le juge des référés. Celles-ci ont, comme toutes les décisions de justice, un caractère exécutoire et obligatoire, même si elles n'ont pas, eu égard à leur caractère provisoire, l'autorité de la chose jugée au principal. Il en résulte notamment que lorsque le juge des référés a prononcé la suspension d'une décision administrative et qu'il n'a pas été mis fin à cette suspension – soit par l'aboutissement d'une voie de recours, soit dans les conditions prévues à l'article L. 521-4 du Code de justice administrative, soit par l'intervention d'une décision au fond – l'administration ne saurait légalement reprendre une même décision sans qu'il ait été remédié au vice que le juge des référés avait pris en considération pour prononcer la suspension. Dans l'hypothèse où, après une décision de suspension, l'administration reprendrait, néanmoins, une même décision, celle-ci serait illégale comme méconnaissant l'autorité qui s'attache aux décisions du juge des référés.

Par une décision de Section du 26 février 2003 (*Société Les belles demeures du Cap Ferrat*), le Conseil d'État a jugé que le juge des référés ayant choisi d'engager la procédure instituée par l'article L. 522-1 du Code de justice administrative prévoyant une instruction contradictoire et une audience ne saurait lui substituer, en cours d'instruction, la procédure dite « de tri », prévue par l'article L. 522-3 du même code. Cette dernière procédure, qui déroge à celle de droit commun prévue à l'article L. 522-1, notamment en ce qu'elle dispense le juge des référés d'assurer une instruction contradictoire entre les parties et de tenir une audience publique, est en effet réservée aux seuls cas où, en l'état, la demande ne présente pas un caractère d'urgence ou est manifestement irrecevable ou mal fondée. Dès lors que, au vu de la demande dont il était saisi, le juge des référés a estimé qu'il y avait lieu, non de la rejeter pour l'une des raisons mentionnées à l'article L. 522-3, mais d'engager la procédure de l'article L. 522-1, il ne peut par la suite se dispenser de poursuivre cette procédure et doit notamment tenir une audience publique.

Professions

La Section du contentieux a jugé, par une décision du 31 mars 2003 (*Société Fiduciaire nationale d'expertise comptable Fiducial*), que les dispositions législatives et réglementaires régissant la profession d'expert-comptable ne font pas obstacle à ce que, pour l'accomplissement de leur mission et dans la seule mesure nécessaire à celle-ci, les experts-comptables, membres de l'Ordre, chargés du contrôle interne à l'Ordre, qui sont eux-mêmes astreints au secret professionnel, reçoivent communication de toutes pièces et documents de travail, notamment les dossiers de la clientèle. La restriction ainsi apportée au secret professionnel est la conséquence de la mission de surveillance de la profession confiée à l'Ordre dans un but d'intérêt général.

Par une décision du 30 juillet 2003 (*M. Djaoui*), la Section du contentieux a précisé la portée des dispositions de la loi du 7 mai 1946 instituant l'Ordre des géomètres-experts relatives à la radiation du tableau de l'Ordre. Elle a jugé qu'en prévoyant l'impossibilité pour un géomètre-expert radié du tableau de



l'Ordre d'y être à nouveau inscrit, l'article 118 du décret du 31 mai 1996 s'est borné à tirer les conséquences nécessaires de cette loi.

Responsabilité

Par une décision du 31 mars 2003 (*Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/S.A. Laboratoires Bergaderm*), la Section du contentieux a précisé l'étendue de la compétence de la commission de la sécurité des consommateurs et les conditions dans lesquelles ses avis et propositions peuvent engager la responsabilité de l'État. La Section a tout d'abord jugé que la compétence de la commission n'était pas limitée aux produits et services qui ne sont pas soumis à des dispositions législatives particulières. Elle en a déduit que la commission de la sécurité des consommateurs est notamment compétente pour rendre un avis et pour formuler des propositions sur les produits cosmétiques, alors même que ces produits font l'objet de dispositions législatives spécifiques. La Section du contentieux a ensuite jugé que la recommandation, par la commission de la sécurité des consommateurs, de l'interdiction d'un produit peut engager la responsabilité de l'État, bien que cet avis ne soit pas une décision susceptible de recours. Eu égard aux objectifs de protection de la santé publique et de la sécurité des consommateurs poursuivis par le législateur, les avis rendus par la commission ne peuvent cependant, en l'absence de dispositions législatives contraires, ouvrir droit à indemnisation, au profit des personnes qui fabriquent ou distribuent un produit pouvant présenter un danger pour la santé publique ou la sécurité des consommateurs, que s'ils sont constitutifs d'une faute. Aucune faute n'avait été commise en l'espèce par la commission de la sécurité des consommateurs.

Par une décision du 30 juillet 2003 (*Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre*), le Conseil d'État a jugé que la responsabilité sans faute de l'État pouvait être engagée au titre de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature. En effet, il ne ressort ni de l'objet ni des termes de cette loi, non plus que de ses travaux préparatoires, que le législateur ait entendu exclure que la responsabilité de l'État puisse être engagée en raison des dommages anormaux que l'application de ces dispositions pourrait causer, notamment du fait de la prolifération d'animaux sauvages appartenant à des espèces protégées, à des activités autres que celles qui sont de nature à porter atteinte à l'objectif de protection des espèces que le législateur s'était assigné.

Sécurité sociale

Par une décision du 20 juin 2003 (*Société Servier Monde*), la Section du contentieux a précisé les conditions dans lesquelles le taux de remboursement d'un médicament peut être modifié. Le Code de la sécurité sociale prévoit que l'inscription d'un médicament sur la liste de ceux qui sont remboursables est opérée au vu de l'appréciation du service médical rendu qu'apporte le médicament, indication par indication. Elle a jugé que, pour déterminer le taux de remboursement d'un médicament comportant plusieurs indications thérapeutiques, l'administration doit, dans un premier temps, examiner si ce médicament est principalement destiné à traiter des affections sans caractère habituel de



gravité, auquel cas sa prise en charge par l'assurance maladie est limitée à un taux de 35 %. Si tel n'est pas le cas, il lui appartient, dans un second temps, dévaluer le service médical rendu pour chaque indication de ce médicament. Le médicament est alors remboursé au taux de 65 % dès lors que, pour l'une au moins de ses indications représentant une part suffisamment importante du volume des prescriptions, le service médical rendu par ce médicament est majeur ou important. Enfin, lorsque le taux de remboursement est abaissé en raison du caractère modéré voire insuffisant du service médical rendu, la commission de la transparence peut n'émettre d'avis que sur la ou les indications pour lesquelles le service médical rendu est le plus élevé et représente une part suffisamment importante du volume des prescriptions.

Dans un avis du 10 juillet 2003 (*M^{me} Rougeoreille*), la Section du contentieux s'est prononcée sur l'application des lois d'amnistie aux décisions imposant à un infirmier de reverser une partie des sommes perçues en cas de dépassement du seuil annuel d'activité individuelle prévu par la convention nationale des infirmiers. Le Conseil d'État a, tout d'abord, confirmé qu'un tel reversement pour méconnaissance du « seuil d'efficience », seuil qui a notamment pour objet de garantir la qualité des soins dispensés, présente le caractère d'une sanction. Il a ensuite relevé que cette sanction réprime l'inobservation de l'une des règles déterminant les conditions d'exercice de la profession. Se fondant ainsi sur le critère de l'objet de la mesure, il en a déduit qu'elle devait être regardée comme une sanction professionnelle au sens des dispositions de l'article 11 de la loi du 6 août 2002, susceptible, comme telle, d'entrer dans le champ de l'amnistie.

Travail

Saisie de la question de savoir si l'institution, par le décret du 31 décembre 2001, d'un régime d'équivalence dans les établissements sociaux et médico-sociaux gérés par des personnes privées à but non lucratif, en application de l'article L. 212-4 du Code du travail, est compatible avec les objectifs de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, la Section du contentieux a, par une décision du 3 décembre 2003 (*M. Dellas et autres*), décidé de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des communautés européennes. Elle a demandé à la Cour si, compte tenu de l'objet de la directive tendant à fixer des prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail, la définition du temps de travail que cette directive énonce doit être regardée comme s'appliquant aux seuls seuils communautaires qu'elle fixe ou comme étant d'application générale et visant aussi les seuils retenus par les droits nationaux, notamment en vue d'assurer la transposition de cette directive, alors que ces derniers seuils peuvent, comme dans le cas de la France et dans un souci de protection des salariés, avoir été fixés à un niveau plus protecteur que ceux de la directive. Elle a également renvoyé la question de savoir dans quelle mesure un régime d'équivalence strictement proportionnel, qui prend en compte la totalité des heures de présence, tout en leur appliquant un mécanisme de pondération tenant à la moindre intensité du travail fourni durant les périodes d'inaction, pourrait être regardé comme compatible avec les objectifs de la directive.



Urbanisme

Par une décision du 26 février 2003 (*M. et M^{me} Bour et autres*), la Section du contentieux a précisé la nature des mesures impliquées nécessairement par l'annulation, par le juge de l'excès de pouvoir, d'une décision de préemption. Sauf atteinte excessive à l'intérêt général, appréciée au regard de l'ensemble des intérêts en présence, le titulaire du droit de préemption, s'il n'a pas entre-temps cédé le bien illégalement préempté, doit ainsi prendre toute mesure afin de mettre fin aux effets de la décision annulée. Il lui appartient à cet égard, et avant toute autre mesure, de s'abstenir de revendre à un tiers le bien illégalement préempté. Il doit en outre proposer à l'acquéreur évincé puis, le cas échéant, au propriétaire initial d'acquérir le bien, et ce à un prix visant à rétablir, autant que possible, et sans enrichissement sans cause de l'une quelconque des parties, les conditions de la transaction à laquelle l'exercice du droit de préemption a fait obstacle. Ces mesures peuvent ainsi être prescrites par le juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, après qu'il aura toutefois vérifié, au regard de l'ensemble des intérêts en présence, que le rétablissement de la situation initiale ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général. En revanche, lorsque le bien préempté a été revendu, la juridiction administrative ne peut prescrire des mesures qui, tendant à la remise en cause de la vente du bien, se rattachent ainsi à un litige distinct portant sur la légalité de cette décision de vente, et ne sauraient, dès lors, être regardées comme étant au nombre de celles qu'implique l'annulation de la décision de préemption.

Par une décision du 5 novembre 2003 (*Commune d'Eze*), la Section du contentieux a précisé la portée des dispositions de l'article R. 421-32 du Code de l'urbanisme, qui régit la prorogation des permis de construire. Elle a jugé qu'il ressort de ces dispositions que l'administration, saisie d'une demande de prorogation d'un permis de construire ne peut refuser d'y faire droit que si, postérieurement à la délivrance du permis de construire, les prescriptions d'urbanisme ou les servitudes administratives de tous ordres s'imposant au projet ont été modifiées dans un sens qui lui est défavorable. Toute décision de refus de prorogation fondée sur des motifs de fait ou de droit autres que l'évolution défavorable au projet des règles d'urbanisme ou des servitudes administratives se trouve, par conséquent, entachée d'illégalité.

La décision *Société civile immobilière Les Blés d'Or* du 5 novembre 2003 a donné à la Section du contentieux l'occasion de préciser le contenu des notions de « prescription d'urbanisme » et de « servitude administrative » mentionnées à l'article R. 421-32 du Code de l'urbanisme. Elle a jugé que le régime d'autorisation des grandes surfaces commerciales, défini par l'article 29 de la loi du 27 décembre 1973 modifiée, ne peut être regardé comme une prescription d'urbanisme dès lors qu'il n'a pas pour objet de déterminer des règles d'occupation des sols mais seulement de réguler la concurrence dans une zone de chalandise donnée. Faisant usage d'un critère dégagé par la doctrine civiliste, la Section a jugé aussi que ces dispositions législatives, qui régissent une activité économique, ne créent pas de charge pesant sur un fonds déterminé et ne constituent donc pas davantage une servitude administrative au sens de l'article R. 421-32. Elle en a déduit qu'un maire ne peut légalement se fonder sur l'absence d'autorisation d'exploitation commerciale pour refuser de proroger un permis de construire.



Bureau d'aide juridictionnelle

Le nombre de demandes d'aide juridictionnelle a très sensiblement augmenté en 2003. Une accélération des entrées se faisant particulièrement ressentir au cours du deuxième semestre, le nombre d'affaires enregistrées en 2003 est de 3 226 contre 2 854 en 2002, soit une augmentation supérieure à 13 %.

Cette progression est due d'abord à l'accroissement des demandes relatives au contentieux de la reconduite à la frontière (+22 %), dans une moindre mesure à la progression du nombre de demandes concernant des pourvois en cassation dirigés contre les arrêts des cours administratives d'appel (+12 %), enfin à la reprise des enregistrements de demandes portant sur les décisions de la commission des recours des réfugiés alors que ces demandes avaient diminué en 2002 (1 029) cependant que 1 120 demandes ont été enregistrées en 2003, soit +9 %. Le nombre d'affaires en matière de référé quant à lui s'est stabilisé avec 356 dossiers contre 347 en 2002.

Le bureau a tenu 21 séances soit le même nombre que l'an passé mais le nombre actuel de rapporteurs par séance n'a permis de régler que 1 158 affaires contre 1 284 en 2002. Seul le recours massif aux ordonnances rendues par les présidents (1 985 ordonnances signées) soit 63 % des affaires examinées, a permis d'éviter un engorgement du bureau. Grâce à cette mesure le bureau a traité 3 143 affaires au lieu de 2 905 en 2002 soit une progression de 8 %.

En dépit de ces efforts, le total des affaires traitées demeure cependant inférieur au nombre d'affaires enregistrées, le stock s'est donc accru de 83 unités, inversant ainsi la tendance observée depuis deux ans.

Par rapport aux affaires traitées le pourcentage d'admission à l'aide juridictionnelle s'établit à 14,2 %, soit le même taux que l'an passé.



Statistiques

Tableau 1

Évolution de l'activité du bureau d'aide juridictionnelle

	2001	2002	2003
Affaires enregistrées	2 729	2 854	3 226
Affaires réglées	3 136	2 905	3 143
Admissions	570	413	445
Rejets	2 566	2 492	2 698

Tableau 2

Répartition des dossiers par nature de contentieux

	Affaires enregistrées	Affaires réglées	Admissions	Rejets
Asile politique	1 120	1 160	10	1 150
Reconduite à la frontière	687	609	156	453
Pensions militaires	126	143	118	25
CAA	681	649	59	590
TA	32	0	0	0
Divers	221	222	51	171
Tribunal des Conflits	3	3	3	0
Référés	356	357	48	309
Total	3 226	3 143	445	2 698

Tableau 3

Évolution du stock au 31 décembre

Année	Nombre d'affaires
1997	362
1998	559
1999	666
2000	1 083
2001	676
2002	615
2003	698



Activité consultative



Assemblée générale

L'Assemblée générale, présidée par le Vice-président du Conseil d'État, examine tous les projets de loi et d'ordonnance ainsi que les affaires – projets de décrets ou demandes d'avis – dont l'importance le requiert. L'analyse de l'ensemble de ces projets, à l'exclusion de ceux dont il est rendu compte ci-dessous, est présentée dans le compte-rendu d'activité des Sections administratives.

En 2003, l'Assemblée générale a tenu 44 séances, dont 17 séances plénières, soit un peu plus qu'en 2002 (37 séances dont 17 séances plénières) et 2001 (39 séances dont 13 séances plénières).

Elle a examiné 107 projets de loi, dont 61 ayant pour objet l'autorisation de l'approbation ou de la ratification de conventions internationales et 18 projets d'ordonnance. Elle a aussi délibéré sur le contenu du rapport annuel du Conseil d'État, sur deux études présentées par la Section du rapport et des études, sur 5 projets de décret ainsi que sur 6 demandes d'avis présentées par le Gouvernement.

Au-delà de ce bilan quantitatif, l'examen des travaux de l'Assemblée générale fait apparaître qu'elle a été saisie en 2003 de textes particulièrement importants en raison de leur portée juridique ou de leur contenu parmi lesquels il convient de mentionner deux projets de loi constitutionnelle, des projets de loi organique portant sur le droit à l'expérimentation ouvert aux collectivités territoriales, le referendum local, l'autonomie financière des collectivités territoriales, le statut d'autonomie de la Polynésie française, des projets de loi comme ceux relatifs à la décentralisation, à la réforme des retraites, au divorce, à la sécurité financière, à la politique de santé publique, à la formation tout au long de la vie et au dialogue social, à l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, à l'immigration et au séjour des étrangers, les projets de loi de programme pour l'outre-mer et d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, enfin un projet de décret portant Code des marchés publics.

Avant d'évoquer les affaires qui méritent un commentaire particulier, on relèvera que l'obligation imposée au Gouvernement par le droit applicable de consulter, dans certaines hypothèses, des instances communautaires ou nationales préalablement à la saisine du Conseil d'État est trop souvent méconnue. La méconnaissance des obligations de consultation prévues par des textes de droit communautaire est préoccupante. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il été conduit à disjoindre les dispositions du projet de loi de programme pour l'outre-mer instituant ou modifiant des aides d'État. En vertu de l'article 88 § 3 du traité instituant la Communauté européenne, de telles dispositions ne pouvaient être mises à exécution avant l'achèvement de la procédure que la



Commission européenne peut ouvrir si elle estime un projet d'aide incompatible avec le Traité. Le Conseil d'État a estimé qu'il serait contraire au bon fonctionnement des pouvoirs publics que le gouvernement soumette au Parlement un projet de loi contenant des dispositions qui pourraient se révéler ultérieurement incompatibles avec le Traité et donc insusceptibles d'être mises en œuvre. Il appartient donc au gouvernement, pour que le Conseil d'État puisse examiner au fond de telles dispositions avant le dépôt d'un projet de loi, de saisir la Commission européenne suffisamment tôt pour mettre cette dernière à même de se prononcer en temps utile. Dans le domaine de la fiscalité, à propos d'une disposition tendant à ce que, à compter du 21 janvier 2004, la taxe sur le gazole soit pour partie remboursée aux entreprises de transport routier, le Conseil d'État a relevé que cette mesure supposait que le Gouvernement eût, au préalable, obtenu du Conseil des Communautés européennes l'autorisation mentionnée à l'article 8, paragraphes 4 et 8, de la directive n° 92/81 du Conseil du 19 octobre 1992 relative à l'harmonisation des droits d'accises sur les huiles minérales. Le Conseil d'État a constaté que, si le Gouvernement avait présenté une demande d'autorisation au sens de ces dispositions au début de l'année 2003, la procédure de concertation prévue à l'article 8 de la directive n'avait pas été engagée et que le projet de directive autorisant de manière permanente un mécanisme de remboursement n'avait pas encore été adopté. Aussi la disposition a-t-elle dû être disjointe.

Les deux projets de loi constitutionnelle qui ont été soumis à l'examen du Conseil d'État en 2003 n'ont pas eu de suite au cours de cette même année. Ils méritent néanmoins d'être mentionnés l'un et l'autre ainsi qu'un projet de loi qui a donné l'occasion au Conseil d'État de faire application d'un principe constitutionnel liant l'emploi de fonctionnaires de l'État à l'exécution de missions de service public.

Un premier projet de loi constitutionnelle faisait suite à une proposition contenue dans le programme présenté par le Président de la République au cours de la campagne de 2002 et aux travaux d'une commission présidée par le professeur Pierre Avril ; il tendait, par une modification du titre IX de la Constitution, d'une part, à clarifier la question de la responsabilité du Président de la République devant les tribunaux ordinaires et d'autre part à remplacer la procédure actuelle de « haute trahison » mise en œuvre par la Haute Cour de justice, par une destitution décidée par le Parlement. Acceptant le principe déjà affirmé par la Cour de cassation d'une inviolabilité pendant la durée du mandat présidentiel, le Conseil d'État a souhaité que soient précisées dans la Constitution les conditions dans lesquelles les procédures auxquelles il serait fait ainsi obstacle pourraient être reprises après la cessation des fonctions du chef de l'État et que soit mieux précisée l'articulation entre l'inviolabilité ainsi proclamée et la compétence reconnue à la Cour pénale internationale. Le Conseil a également estimé que cette inviolabilité ne devait pas s'étendre au domaine de la responsabilité civile en raison du risque d'iniquité résultant pour les éventuelles victimes du fait de devoir attendre la fin du ou des mandats présidentiels, l'atteinte ainsi portée au droit d'accès à un tribunal risquant d'être jugée disproportionnée au regard des stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En ce qui concerne la nouvelle procédure de destitution, le Conseil d'État a souhaité la simplifier, afin d'éviter qu'un intérim puisse se prolonger pendant plusieurs mois, en remplaçant les trois scrutins prévus des



deux Assemblées puis de la Haute Cour par un vote unique de la Haute Cour convoquée soit par le Gouvernement, soit par le Président de l'une ou l'autre Assemblée sur proposition de la majorité de ses membres. Afin qu'il soit statué par une majorité dépassant les clivages politiques, le Conseil a estimé nécessaire d'exiger une majorité des deux tiers des membres du Parlement constitué en Haute Cour.

Le second projet de loi constitutionnelle modifiait le Préambule de la Constitution et adjoignait à cette dernière une « Charte de l'environnement » comprenant elle-même un préambule et dix articles. Le Conseil d'État, ayant relevé que l'ensemble des dispositions de la Charte était destiné à acquérir valeur constitutionnelle, a estimé qu'il existait un risque d'ambiguïté sur la valeur du préambule de la Charte par rapport à ses articles et qu'il convenait de réduire ce préambule en reprenant ses notions essentielles dans les articles. Sur un point particulier relatif au droit d'accès aux informations relatives à l'environnement, compte tenu des règles applicables résultant tant du droit interne que du droit international, le Conseil a estimé que le droit d'accès ne pouvait être limité aux seules informations détenues par des autorités publiques. Il a donc préféré laisser au législateur le soin de définir les catégories de personnes auxquelles le droit d'accès était susceptible d'être opposé, tout en l'habilitant à limiter l'exercice de ce droit lorsque la protection de secrets légitimes est en cause.

Saisi d'un projet de loi relatif aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, le Conseil d'État a admis, au regard du principe constitutionnel dégagé par l'avis du 18 novembre 1993 selon lequel « les corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public », un régime de maintien de fonctionnaires en activité à France Télécom, entreprise transférée au secteur privé, ainsi que la gestion de ces fonctionnaires par le président de France Télécom, sous réserve toutefois du prononcé des sanctions disciplinaires du quatrième groupe (révocation et mise à la retraite d'office). Pour admettre la conformité de ce régime au principe liant l'emploi de fonctionnaires de l'État à l'exécution de missions de services publics, le Conseil d'État a tenu compte de la nécessité de concilier les impératifs de la privatisation avec les particularités résultant du statut des fonctionnaires intéressés en nombre important et il s'est fondé sur le caractère transitoire de la période au cours de laquelle ce régime serait appliqué, sur la décroissance progressive et certaine du nombre de fonctionnaires présents dans l'entreprise France Télécom dont la part, au terme d'une période transitoire d'environ 15 ans, serait résiduelle ainsi que sur les missions de service universel et de sécurité demeurant confiées à France Télécom.

Répartition des affaires examinées par l'Assemblée générale

Projets de loi	107
<i>dont conventions internationales</i>	<i>61</i>
Projets d'ordonnance	18
Projets de décret réglementaire	5
Demandes d'avis	6
Projets de rapport et d'étude	3
Total	139



Section de l'intérieur

Au cours de l'année 2003, la Section de l'intérieur a examiné vingt projets de loi, dont deux projets de loi constitutionnelle et trois projets de loi organique, ainsi que six ordonnances, contre respectivement quinze projets de loi et quatre ordonnances en 2002. Le nombre de projets de décret réglementaire soumis à la Section ayant été de cent quarante-quatre – contre cent quatre-vingt en 2002 –, on constate que la Section a maintenu un haut niveau d'activité. Le nombre de décrets individuels, arrêtés ou décisions examinés en 2003 a continué à décroître : deux cent quarante et un en 2001, cent soixante-dix-neuf en 2002 et cent soixante-trois en 2003. La Section a également répondu à quatorze demandes d'avis, dont quatre relatives à la répartition des compétences entre l'État et les collectivités d'outre-mer.

Le total des affaires examinées par la Section s'est donc élevé à trois cent quarante-sept, contre trois cent quatre-vingt-douze en 2002.

Principaux projets examinés

La Section de l'intérieur, qui avait examiné sept projets de loi constitutionnelle de 1998 à 2000, a été saisie, comme en 2002, de deux projets, le premier, relatif à la Charte de l'environnement, le second, modifiant les dispositions du titre IX de la Constitution relatives à la responsabilité du président de la République. Ceux-ci lui ont été soumis au mois de juin mais n'ont, en 2003, pas connu de suite avant le terme de l'année.

D'autres textes méritent d'être signalés en raison de leur portée juridique ou de leur importance politique. À la suite de la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, un projet de loi organique a été soumis au Conseil d'État, portant sur le droit d'expérimentation ouvert aux collectivités territoriales et sur le referendum local. Ce projet a été scindé en deux textes distincts. Le Conseil a également examiné un projet de loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, un projet de loi pris en application de l'article 72-1 de la Constitution, organisant la consultation des électeurs de Corse, et un projet relatif à l'immigration et au séjour des étrangers. Dans le domaine judiciaire, ont été examinés un projet de loi « portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité » et un relatif au divorce. A également été examiné un projet de loi « relatif aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information ».



Plusieurs autres projets ont fait l'objet, en raison de leur contenu, d'un examen conjoint par la Section de l'intérieur et par d'autres Sections. Le projet de loi « pour la confiance et la sécurité dans l'économie numérique » et celui sur les communications électroniques ont été étudiés avec la Section des travaux publics, celui relatif à la sécurité financière avec la Section des finances ; le projet de loi de programme pour l'outre-mer a été examiné par les Sections de l'intérieur, des finances, et la Section sociale. Enfin, deux commissions spéciales ont été instituées pour examiner d'une part le projet de loi portant simplifications administratives et d'autre part le projet de loi relatif à la décentralisation, associant à la Section de l'intérieur les Sections sociale, des finances et des travaux publics.

Parmi les cent quarante-quatre décrets réglementaires soumis à la Section de l'intérieur, méritent d'être cités un texte relatif aux sapeurs-pompiers volontaires, un autre relatif aux modalités d'exercice sous forme de sociétés de diverses professions libérales judiciaires. Un autre projet fixait le régime des aides des collectivités territoriales à la location d'infrastructures destinées à supporter des réseaux de téléphonie mobile. Plusieurs décrets, consécutifs à un avis, organisaient la consultation des électeurs de la Martinique, de la Guadeloupe et des îles de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin sur l'évolution statutaire de ces collectivités.

Plusieurs demandes d'avis étaient relatives à la répartition des compétences entre l'État et les divers organes de Polynésie française ou de Nouvelle-Calédonie. En outre, une demande a concerné l'interprétation qu'il convient de donner à la nouvelle rédaction de l'article 39 de la Constitution imposant une priorité d'examen par le Sénat des projets de loi « ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales ». Une autre a porté sur l'étendue des pouvoirs reconnus aux fédérations sportives.

Au cours de l'année 2003, la Section s'est également prononcée sur des projets touchant aux libertés et au droit pénal et a tranché à plusieurs reprises des questions relatives à la répartition des compétences en application des articles 34, 37 et 38 de la Constitution et à la mise en œuvre de procédures consultatives. En ce qui concerne les établissements d'utilité publique, elle a été conduite à préciser sa jurisprudence sur plusieurs points importants et a surtout adopté de nouveaux statuts-types des fondations reconnues d'utilité publique.

Principes constitutionnels

Les observations du Conseil d'État relatives aux deux projets de loi constitutionnelle sont mentionnées dans le compte rendu d'activité de l'Assemblée générale.

Lors de l'examen, en 2002, du projet de loi constitutionnelle relatif à la décentralisation, le Conseil s'était montré réservé sur la modification de l'article 39 de la Constitution imposant de soumettre en premier lieu au Sénat « les projets de lois ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales », craignant des difficultés dans l'interprétation de cette disposition. Ces diffi-



cultés sont vite apparues et ont conduit le Gouvernement à recueillir l'avis du Conseil sur le point de savoir si un projet de loi organique portant sur le referendum local et sur l'expérimentation devait être soumis à l'examen prioritaire du Sénat. Après avoir constaté que la nouvelle procédure prévue par l'article 39 devait s'appliquer aux lois organiques comme aux lois ordinaires, le Conseil a considéré, en se référant aux débats parlementaires, que l'expression « organisation des collectivités territoriales » avait, dans la Constitution, le même sens que dans l'intitulé du Code général « des collectivités territoriales », et incluait les règles essentielles relatives aux organes et aux actes des collectivités, mais non l'ensemble de leurs règles de compétence et de fonctionnement. Après avoir scindé le projet unique de loi organique qui lui était présenté, le Conseil en a déduit que le projet relatif au referendum local, organisant une procédure conduisant à une décision, portait principalement sur l'organisation des collectivités territoriales et devait donc être présenté en premier lieu au Sénat, mais qu'il n'en allait pas de même du projet définissant les conditions dans lesquelles la loi ou le règlement autorisent les collectivités à déroger, à titre expérimental, aux règles qui définissent l'exercice de leurs attributions. Ces dispositions doivent en effet s'analyser comme portant principalement sur les compétences des collectivités territoriales.

Le projet de loi organique ainsi scindé en deux avec l'accord du Gouvernement, le Conseil a estimé que le constituant avait entendu couvrir le champ des collectivités énumérées au premier alinéa de l'article 72 de la Constitution et par conséquent appliquer la nouvelle disposition aux collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Il a ensuite relevé que l'ouverture du champ du referendum local, par le nouvel article 72-1, aux « projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale » devait être regardée comme ne permettant pas à la loi organique d'en réduire le champ d'application alors surtout que, contrairement à ce qu'il avait suggéré lors de l'élaboration de la révision constitutionnelle, n'avait pas été retenue une formulation habilitant la loi organique à procéder à une pareille restriction.

Le Conseil d'État a également été saisi d'un projet de loi organique, complété par un projet de loi ordinaire, portant statut de la Polynésie française, qu'il a modifié sur de nombreux points. Il a d'abord écarté la qualification de « pays d'outre-mer » donnée à la Polynésie française, qui ne correspond à aucune des catégories prévues par la Constitution, et celle de « lois du pays », lui substituant la dénomination de « lois de la collectivité », en affirmant le caractère d'acte administratif des décisions prises dans une matière législative, conformément aux règles dégagées à propos des territoires d'outre-mer par la jurisprudence antérieure.

Le Conseil a limité sur plusieurs points l'extension des compétences locales. Il a maintenu la compétence de l'État non seulement pour les « droits civils », mais aussi pour les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ainsi que la tenue des registres d'état civil. De même, le souci de préserver sur l'ensemble du territoire de la République l'unité de la législation commerciale l'a conduit à maintenir dans la compétence de l'État la détermination des principes fondamentaux des obligations commerciales.



En ce qui concerne la participation de la Polynésie française à l'exercice des compétences étatiques, le Conseil a disjoint une disposition fixant les conditions dans lesquelles des amendements peuvent être déposés au cours de la procédure législative, estimant que l'exercice du droit d'amendement relève exclusivement de la Constitution et du règlement des assemblées parlementaires. Ont également été disjointes des dispositions permettant à l'assemblée de la Polynésie française d'intervenir dans le domaine législatif demeurant de la compétence du Parlement de la République. Le onzième alinéa de l'article 74 de la Constitution ne permet en effet pas d'habiliter la Polynésie française à modifier les lois votées par le Parlement sans intervention préalable de ce dernier.

Le Conseil a estimé par ailleurs que, si les représentants de l'Assemblée de la Polynésie devaient être élus sur des bases essentiellement démographiques, le recensement de 2002 n'imposait pas de modifier la répartition des sièges entre les cinq circonscriptions électorales, compte tenu de l'intérêt qui s'attache à la représentation effective des archipels les moins peuplés et les plus éloignés. En revanche, le Conseil a constaté qu'aucun motif n'était avancé par le Gouvernement justifiant un mode de scrutin différencié selon les circonscriptions en fonction du nombre de sièges à pourvoir.

Examinant les autres dispositions du projet, le Conseil a écarté celles qu'il a considérées comme discriminatoires, et en particulier l'instauration d'un régime d'autorisation en matière de mutation de propriété. Il a également précisé que la préférence locale pour l'accès aux emplois publics ne pouvait recevoir application qu'à égalité de mérite et que les articles 72 et 74 (huitième alinéa) de la Constitution s'opposaient à ce que l'assemblée puisse habiliter le gouvernement de la collectivité à prendre par ordonnance des mesures qui portent sur des matières législatives.

Le Gouvernement ayant interrogé sur la portée des articles 72-4 et 73 de la Constitution, le Conseil d'État a d'abord estimé que le consentement des électeurs ne devait porter que sur le principe du changement de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74 de la Constitution et non sur les modalités d'un tel changement, qui doivent être décidées par la loi organique. Le consentement des électeurs consultés en application du dernier alinéa de l'article 73 porte sur le principe de la création d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer, ou sur celui de l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités, les modalités de la réforme devant être décidées par la loi. À la suite de la consultation, le législateur n'est tenu de se conformer au choix des électeurs qu'en cas de rejet de la réforme proposée. En revanche, il n'est pas juridiquement tenu par les orientations que le Gouvernement aurait fait connaître, notamment lors de la campagne précédant le scrutin, quant à la mise en œuvre ultérieure de la réforme proposée aux électeurs.



Libertés et droit pénal

À l'occasion de l'examen du projet de loi portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité, le Conseil d'État a disjoint une disposition portant de huit à quinze jours la durée de l'enquête de flagrant délit entreprise sur le fondement de l'article 53 du Code de procédure pénale. Il a en effet estimé qu'il était ainsi porté une atteinte excessive aux principes sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle. S'agissant de l'infiltration des réseaux de criminels ou de délinquants organisés par des agents de police judiciaire, il a tenu à préciser que les formalités prescrites pour ces opérations devaient être observées à peine de nullité et que la garantie des droits de la défense en matière de loyauté des modes de preuve imposait qu'aucune condamnation ne puisse être prononcée sur le seul fondement des constatations effectuées pendant ce type d'opérations. Le Conseil a également souhaité que le juge des libertés et de la détention qui autorise l'interception de correspondances émises par voie de télécommunication soit informé sans délai par le procureur de la République des actes accomplis dans le cadre de cette interception, afin qu'il puisse s'assurer qu'il n'est pas porté au respect de la vie privée une atteinte disproportionnée. Le Conseil a admis le principe d'une nouvelle procédure de « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », tout en limitant son champ d'application aux délits susceptibles de donner lieu à une mesure de composition pénale et en précisant qu'elle ne pourrait s'appliquer aux faits en raison desquels des coauteurs ou complices font déjà l'objet d'une information ou de poursuites devant le tribunal correctionnel. Le Conseil a également précisé les conditions de mise en œuvre de la nouvelle procédure : la décision juridictionnelle d'homologation d'une peine prononcée à la suite d'une reconnaissance de culpabilité doit être rendue en audience publique, la personne déférée, qui bénéficie d'un délai de dix jours pour prendre sa décision, ne doit pas, pendant ce délai, être mise en détention provisoire.

Saisi du projet de loi relatif à l'immigration et au séjour des étrangers en France, le Conseil d'État en a disjoint certaines dispositions. La première tendait à imposer à l'administration le réexamen des motifs d'un arrêté d'expulsion tous les cinq ans. Outre les difficultés pratiques d'application d'une telle mesure, le Conseil a rappelé que l'administration pouvait à tout moment réexaminer des situations individuelles et abroger un arrêté d'expulsion. Estimant qu'elle portait atteinte au droit des étrangers à une vie familiale normale, le Conseil a disjoint la disposition qui interdisait aux enfants de plus de 13 ans qui n'auraient pas été scolarisés dans un établissement scolaire français pendant au moins cinq ans de rejoindre leurs parents résidant en France. A été également disjoint l'article permettant au juge des libertés et de la détention de placer en rétention un étranger devant quitter le territoire pendant une durée de trente jours pouvant être prolongée d'une durée égale, estimant qu'il était ainsi porté une atteinte excessive à la liberté individuelle. Compte tenu des difficultés rencontrées pour exécuter les mesures d'éloignement, le Conseil a cependant admis qu'après une décision initiale de placement prise par le préfet pour une durée n'excédant pas 48 heures, un étranger puisse être maintenu en rétention pendant une durée de quinze jours pouvant être prolongée, dans certains cas précisément définis, pour une période égale.



À propos d'une demande d'avis sur des projets d'accords entre l'Union européenne et les États-Unis en matière d'extradition et d'entraide judiciaire, le Conseil a estimé que l'article 24 du traité permettait au Conseil de l'Union de recevoir le mandat de négocier et de conclure des accords liant les institutions de l'Union et les États membres, étant observé que l'unanimité des membres du Conseil était requise et que tout État pouvait, afin de ne pas être lié par l'accord, invoquer la nécessité pour lui de respecter des règles de fond d'ordre constitutionnel. Le Conseil d'État a également estimé que la suprématie reconnue à ces projets d'accords sur des engagements internationaux ayant le même objet ne pouvait faire obstacle au respect par l'Union européenne, conformément aux stipulations du paragraphe 2 de l'article 6 du traité, des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

À l'occasion de l'examen du projet de loi modifiant le régime du droit d'auteur et des droits voisins, le Conseil ne s'est pas opposé à des dispositions modifiant profondément le régime juridique applicable aux droits des agents publics sur les œuvres créées à l'occasion du service tel qu'il avait été précisé par un avis de la Section de l'intérieur du 21 novembre 1972. En effet, si le projet admet que les agents publics se voient reconnaître la qualité d'auteur, plusieurs dispositions sauvegardent les intérêts du service public. Ainsi, l'agent public ne peut s'opposer à une modification de l'œuvre décidée dans l'intérêt du service, dès lors qu'elle ne porte atteinte ni à son honneur, ni à sa réputation. De même, le droit d'exploitation de l'œuvre créée dans l'exercice des fonctions est cédé d'office à la personne publique qui ne dispose toutefois que d'un droit de préférence lorsqu'elle souhaite se livrer à une exploitation commerciale de l'œuvre, l'agent auteur pouvant alors être intéressé aux produits de l'exploitation.

Problèmes de compétence

Compétence législative

L'examen du projet de loi de sécurité financière a permis de préciser les domaines respectifs de la loi organique et de la loi. Ainsi, si la loi peut prévoir qu'un projet d'ordonnance pris sur le fondement de l'article 38 de la Constitution doit être soumis à l'avis de l'assemblée d'un territoire d'outre-mer, en revanche, la fixation du délai au terme duquel cet avis est réputé émis s'il n'a pas été formulé touche au domaine statutaire et relève par suite de la loi organique. À propos du même texte, le Conseil a rappelé que la création, pour une profession réglementée, d'un organisme disciplinaire ayant le caractère d'une juridiction relevait de la compétence du législateur, la loi devant également fixer le mode de désignation des membres.

À l'occasion de l'examen d'un projet de loi relatif au divorce, le Conseil, après avoir rappelé que les règles de la procédure civile devaient être fixées par le pouvoir réglementaire, le législateur, compétent en matière d'état et de capacité



des personnes était néanmoins compétent pour déterminer celles des règles de la procédure de divorce qui sont indissociables du fond du droit applicable.

Un projet de décret relatif aux règles budgétaires et comptables applicables aux départements entendait imposer à ces derniers de ne pas modifier le mode de présentation du budget adopté pour un exercice – présentation par nature ou par fonction – jusqu’au prochain renouvellement triennal de son conseil général. La Section a estimé, bien qu’une obligation du même ordre ait été édictée pour les communes de plus de 10 000 habitants par voie réglementaire, qu’une telle mesure relevait de la loi au titre de la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales.

Comme les années précédentes, le Conseil d’État a été conduit à disjoindre de projets de loi qui lui étaient soumis des dispositions n’ayant aucun caractère normatif qui trouvent mieux leur place dans un exposé des motifs ou un discours ministériel.

Compétence au titre de l’article 38 de la Constitution

De très nombreux projets de loi, notamment dans le domaine de la décentralisation ou dans celui de l’outre-mer, habilite le Gouvernement à intervenir par voie d’ordonnances prises sur le fondement de l’article 38 de la Constitution. L’examen d’un projet de cette nature, portant intégration dans la fonction publique de l’État d’agents de l’administration territoriale de Polynésie française, a permis au Conseil de rappeler que les ordonnances prises sur le fondement de l’article 38 ont le caractère d’actes administratifs aussi longtemps que leur ratification n’a pas été décidée par une loi. Elles doivent donc se conformer au principe de non-rétroactivité des actes administratifs, hormis le cas où la loi d’habilitation autorise qu’il soit dérogé à ce principe général du droit.

Compétence réglementaire

Le souci du Conseil d’État de veiller au respect des règles de répartition des compétences entre la loi et le règlement l’a conduit à disjoindre les dispositions de caractère réglementaire contenues dans divers projets de loi qui lui étaient soumis. Examinant le projet relatif aux communications électroniques, transposant deux directives communautaires, le Conseil a rappelé que la nécessité de pourvoir à de telles transpositions n’autorisait pas le législateur à empiéter sur le pouvoir réglementaire, sauf lorsque des dispositions réglementaires de transposition ressortissant normalement à la compétence réglementaire ont une portée rétroactive.

Dans le même souci de respect des règles de répartition des compétences, le Conseil a regretté que de nombreux projets de loi prévoient la création de conseils ou commissions dépourvus de tout pouvoir de décision dont la création relève du pouvoir réglementaire. Il a été ainsi amené à disjoindre du projet relatif à l’immigration un article créant une « commission nationale de contrôle des centres locaux de rétention » dépourvue de tout pouvoir de décision ou, lors de l’examen du projet relatif à la décentralisation, à supprimer ou à limiter le nombre de dispositions instituant des organismes purement consul-



tatifs, admettant parfois que la loi crée de tels organismes et en précise les missions et les règles générales de composition, tout en renvoyant à un décret le soin d'en fixer dans le détail l'organisation et le fonctionnement. La Section de l'intérieur veille également à ce que le pouvoir réglementaire exerce pleinement les compétences qui lui ont été confiées par le législateur. Un décret en Conseil d'État devant fixer les modalités d'octroi de l'indemnité allouée aux membres des conseils économiques et sociaux régionaux, la Section a estimé que le décret devait fixer les règles de fond encadrant les conditions dans lesquelles l'indemnité peut être réduite ou supprimée, sans pouvoir s'en remettre à une délibération du conseil régional.

De même, le législateur ayant prévu que les conditions d'application de l'article 30-1 de la loi du 30 septembre 1986, relatif à la répartition et au financement du coût des réaménagements des fréquences, devaient être fixées par décret en Conseil d'État, la Section a estimé que ce décret devait prévoir les modalités suivant lesquelles les avances consenties par le Fonds de réaménagement du spectre seront accordées puis remboursées.

Compétence consultative

Le souci d'associer les usagers, les élus ou les agents publics au processus de décision administrative conduit à la multiplication d'organismes dont la consultation est rendue obligatoire par des textes législatifs ou réglementaires. Ces consultations permettent à l'administration de mieux éclairer ses décisions mais elles lui créent des contraintes trop souvent oubliées. Le Conseil d'État veille à la régularité des procédures consultatives, étant observé que l'avis qu'il émet lui-même sur un projet de loi, en vertu de l'article 39 de la Constitution, doit être exprimé au vu de l'ensemble des consultations préalables exigées⁵.

Le Conseil a été conduit à relever le trop fréquent défaut de consultation d'un comité technique paritaire dans des cas où cette consultation est exigée par l'article 15 de la loi du 11 janvier 1984 et par l'article 12 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982. Il a par exemple constaté qu'aucun comité technique paritaire ministériel n'avait été saisi du projet de loi relatif à la décentralisation qui prévoit de nombreux transferts de compétences, de services ou de personnels. Alors que l'article 12 du décret de 1982 dispose que les comités techniques paritaires connaissent des « projets de textes », l'administration semble considérer, sans égard pour le caractère général de l'expression « projets de texte », que les projets de lois sont dispensés d'un examen par les comités techniques paritaires. Seule une modification des textes en vigueur permettrait une telle dispense.

La Section a ainsi estimé que la création d'un établissement public destiné à se substituer à un établissement public administratif et à deux écoles faisant partie de deux universités devait être soumise à la consultation des trois comités techniques paritaires des établissements appelés à disparaître. La

5 - Voir également, sur la question des consultations obligatoires, les rapports de la Section des finances, de la Section des travaux publics et de la Section sociale.



circonstance qu'en fait, aucun de ces comités n'ait été créé, n'exonère pas le Gouvernement d'une consultation rendue obligatoire par la loi.

Les comités techniques paritaires doivent également connaître, toujours en application de l'article 15 susmentionné, des problèmes relatifs « au recrutement des personnels ». Par suite, un projet d'ordonnance ayant pour objet d'intégrer des agents de l'administration territoriale de la Polynésie française dans des corps de l'administration pénitentiaire devait être soumis au comité technique paritaire du ministère de la Justice, bien qu'il ait été soumis au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État, en application de l'article 2 du décret du 28 mai 1982. Selon cet article, la consultation du Conseil supérieur ne remplace celle des comités techniques paritaires que pour l'examen des projets de décrets concernant des corps interministériels ou à vocation interministérielle relevant du premier ministre ou régissant des emplois communs à l'ensemble des administrations.

À l'occasion de l'examen de divers textes, le Conseil d'État a également rappelé que l'article 25 de la loi du 3 janvier 1977 imposait la consultation du Conseil national de l'Ordre des architectes sur un projet ayant pour objet de permettre que la cotisation qui lui est obligatoirement versée par les architectes puisse prendre la forme d'un versement forfaitaire. De même, un projet de décret relatif aux conditions financières de la mise à disposition des opérateurs de téléphonie mobile des infrastructures créées par les collectivités territoriales devait être soumis à l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 36-5 du Code des postes et télécommunications. Le Conseil d'État a également estimé que les dispositions du projet de loi relatif à la décentralisation traitant des enseignements et relevant de plusieurs ministères auraient dû être soumises au Conseil supérieur de l'éducation en application de l'article L. 231-11 du Code de l'éducation.

En vertu des articles 15 de la loi du 15 juillet 1982 et 2 du décret du 30 novembre de la même année, le Conseil supérieur de la recherche et de la technologie doit être consulté « sur la création d'établissements publics à caractère scientifique et technologique ». La Section de l'intérieur a estimé que la consultation du conseil était requise non seulement lors de la création d'un établissement, mais aussi lors d'une modification de ses règles constitutives d'une ampleur telle que les conditions de sa création s'en trouvent affectées.

Compétences respectives de l'État et des collectivités d'outre-mer

Saisie de plusieurs demandes d'avis relatives au partage des compétences entre l'État et la Polynésie française, la Section a d'abord été conduite à rappeler que, selon l'article 114 de la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, dont les dispositions sont reprises par l'article L. 225-3 du Code de justice administrative, les demandes d'avis relatives à la répartition des compétences ne sont transmises au Conseil d'État que lorsqu'elles émanent du président du gouvernement ou du président de l'assemblée de la Polynésie. Une demande émanant du haut-commissaire est par suite irrecevable.



Saisie par le président du gouvernement d'une demande d'avis portant sur la répartition des compétences en matière de navigation, de formation professionnelle maritime et de délivrance de brevets, la Section de l'intérieur a estimé que, dans les limites fixées par les dispositions combinées du 6° de l'article 6 et du 11° de l'article 27 de la loi organique du 12 avril 1996, l'État demeurerait compétent pour déterminer les catégories de navigation, matière touchant directement à la police et à la sécurité de la navigation maritime, et pour définir les prérogatives attachées aux titres de formation professionnelle maritime ainsi que les conditions générales d'obtention de ces titres. En revanche, la formation professionnelle maritime elle-même – organisation des filières de formation, composition des jurys et modalités de délivrance des brevets – relève de la compétence du territoire.

La santé publique ne relevant pas des compétences de l'État limitativement énumérées par l'article 6 de la loi organique, la Section a affirmé la compétence des autorités de la Polynésie française pour rendre obligatoires des examens pré et postnataux, des examens médicaux infantiles ou la déclaration de certaines maladies. Les mêmes autorités sont aussi compétentes pour rendre obligatoires des vaccinations, dès lors qu'elles n'empiètent pas sur la compétence de l'État dans le domaine du droit civil ou des libertés publiques.

À propos de la Nouvelle-Calédonie, la Section a été saisie d'une demande d'avis portant sur la délimitation des compétences en matière d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources naturelles du sol et du sous-sol dans la zone économique exclusive. La Section a déduit des articles 21 et 22 de la loi organique et de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer signée à Montego-Bay le 10 décembre 1982 que la Nouvelle-Calédonie était compétente dans la zone économique exclusive et donc dans la partie du plateau continental située en deçà de 200 milles marins des lignes de base, qui constitue le sol et le sous-sol de la zone économique exclusive. En revanche, en vertu du 12° du I de l'article 21 de la loi organique, l'État est seul compétent pour la partie du plateau continental située au-delà des 200 milles.

Établissements d'utilité publique et autres personnes morales de droit privé

La Section a également été amenée à préciser sa jurisprudence en matière de dons et legs, de congrégations, d'associations reconnues d'utilité publique et de fondations.

Saisie de projets de textes autorisant l'acceptation de dons ou legs, la Section s'attache à tenir la balance entre le principe général de la liberté de tester et les intérêts des héritiers en situation de précarité. Elle a ainsi refusé démettre un avis favorable à l'acceptation d'un legs par une association diocésaine, légitime universelle, dès lors que, nonobstant l'opposition de deux héritiers dont l'état de précarité était établi, aucun engagement n'avait pu être obtenu de la part de l'établissement gratifié au bénéfice des opposants.



Lors de l'examen des statuts de congrégations, la Section veille tout particulièrement à ce que soient clairement indiquées les règles relatives au chapitre général : nombre des membres élus ou de droit, durée des mandats ; elle s'attache également à ce que soient précisés le contenu et les bénéficiaires des délégations consenties par la Supérieure générale. Interprétant les dispositions des articles 21 et 24 du décret du 16 août 1901, la Section a considéré que l'autorisation de transfert du siège d'un établissement d'une congrégation nécessite l'avis du conseil municipal de la commune du nouvel établissement, mais n'impose pas l'avis du conseil municipal de la commune du siège de l'implantation existante. Enfin, la Section a été conduite à confirmer que l'article 7 de la loi du 24 mai 1825 relative aux congrégations, qui contenait des dispositions regardées comme moins favorables aux religieuses qu'aux religieux, devait être regardé comme implicitement abrogé en application du principe d'égalité énoncé au préambule de la Constitution de 1946.

En ce qui concerne les associations qui demandent à être reconnues, la Section de l'intérieur s'assure en premier lieu de leur utilité publique. Constatant que le Code de l'environnement autorise, sous certaines conditions, la destruction des animaux nuisibles et confie à un établissement public national la mission de concourir au développement de la chasse, la Section a considéré que ne pouvaient être d'utilité publique ni la protection des animaux nuisibles ni l'opposition organisée à la chasse dès lors qu'elle ne se limite pas à la défense des intérêts des personnes susceptibles d'en être victimes. Examinant la composition des organes dirigeants, la Section écarte les dispositions conférant un poids excessif aux membres de droit : la participation de membres de droit au conseil d'administration n'est en principe possible qu'en cas de justifications particulières, le conseil d'administration devant être pour l'essentiel l'émanation de l'assemblée générale. La Section a ainsi rejeté des statuts qui, par leur imprécision, ne garantissaient pas que siègeraient au conseil une moitié au moins de membres élus par l'assemblée générale. Elle a pour le même motif écarté une disposition imposant qu'une délibération de l'assemblée générale modifiant l'objet de l'association soit prise « à peine de nullité, avec l'accord de tous les membres de droit ». Elle a considéré qu'un tel pouvoir de blocage conféré aux membres de droit était contraire aux principes sur lesquels repose la loi du 1^{er} juillet 1901.

En ce qui concerne les fondations, la Section veille à ce que leurs conseils d'administration respectent certains équilibres. En principe, le conseil d'administration d'une fondation ne peut comprendre que trois catégories de membres : représentants du fondateur, membres de droit et membres cooptés, à l'exclusion de représentants du personnel. La Section a toutefois admis la présence de tels représentants dans un cas particulier, compte tenu de la pratique antérieure d'une fondation qui gérait un nombre important d'établissements et du fait que les représentants du personnel ne pouvaient pas être membres du bureau.

La Section a donné un avis favorable à un projet de décret portant dissolution d'une fondation et dévolution de son actif à une congrégation, dès lors que son activité entrerait dans le champ des missions de la congrégation et que celle-ci s'engageait à conserver aux biens attribués une affectation analogue à l'activité poursuivie par la fondation dissoute.



Une demande d'avis relative à une fondation à laquelle le ministère de l'Intérieur a confié par voie de convention la gestion des prestations sociales bénéficiant à ses agents a permis au Conseil d'État de trancher plusieurs questions. En l'absence de définition législative de l'action sociale de l'État en faveur de ses agents, le Conseil a estimé que des prestations ne peuvent être ainsi qualifiées que si, par leur contenu, elles présentent des caractéristiques garantissant leur vocation sociale et les distinguant des prestations à caractère purement marchand : leurs conditions d'octroi et de tarification doivent notamment les rendre accessibles à l'ensemble des agents, en particulier ceux à revenus modestes. Ainsi caractérisée, l'action sociale ne présente pas le caractère d'une activité économique : le ministère, qui peut gérer lui-même les prestations d'action sociale, peut confier cette gestion à une fondation, par convention, sans être astreint à la passation d'un marché public de prestation de service. Le Conseil a également relevé que les centres d'achat ne pouvaient être regardés comme faisant partie de l'action sociale d'un ministère, sauf s'ils sont constitués en société coopérative de consommation, selon les prévisions de la loi du 7 mai 1917 et du décret du 12 novembre 1938.

Pour la quatrième fois depuis 1893, la Section a enfin été saisie pour avis de nouveaux modèles de statuts-types recommandés aux fondateurs, destinés à faciliter le déroulement de la procédure de reconnaissance d'utilité publique, mais qui peuvent naturellement être adaptés à des situations particulières. Les nouveaux modèles, qui s'inspirent des conclusions d'un rapport du Conseil publié en 1997⁶, comportent trois innovations essentielles :

- les fondateurs auront le choix entre deux types d'organisation : la structure actuelle comprenant un conseil d'administration et un bureau ou une structure nouvelle inspirée du droit des sociétés, comprenant un directoire et un conseil de surveillance ;
- afin de préciser le rôle de l'État dans la vie des fondations, si le schéma actuel de membres de droit du conseil d'administration désignés par les ministres intéressés n'est pas supprimé, une formule nouvelle est proposée consistant à placer auprès de l'organe collégial qui dirige l'établissement un commissaire du Gouvernement n'ayant qu'une voix consultative ;
- enfin, les fondations à dotation consomptible seront désormais autorisées, à la demande du fondateur, et si la fondation se donne une mission limitée, réalisable dans un laps de temps déterminé : restauration d'un monument, activité de recherche dans un domaine précis...

6 - *Rendre plus attractif le droit des fondations*, collection « Les études du Conseil d'État », Paris, La Documentation française, 1997.



Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2003, la Section de l'intérieur a tenu 81 séances et a participé à 6 séances de Sections réunies.

Pendant cette période, la Section a examiné 347 textes, dont 37 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	1999	2000	2001	2002	2003
Lois	14	16	10	15	20
Ordonnances	1	12	1	4	6
Décrets réglementaires	113	123	135	180	144
Décrets individuels, arrêtés et décisions	211	258	241	179	163
Avis	11	20	7	14	14
Total	350	429	394	392	347

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2003

Total des affaires examinées	moins de 15 jours	de 15 jours à 1 mois	de 1 mois à 2 mois	plus de 2 mois
20	0	7	10	3

Tableau 3
Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets réglementaires		Décrets individuels et arrêtés	Avis	Total
			Article 37	Autres			
Premier ministre	1	-	-	5	-	3	9
Culture et Communication	2	-	-	22	4	-	28
Outre-Mer	3	1	-	8	-	-	12
Éducation-Jeunesse	-	-	-	13	6	1	20
Intérieur	4	2	-	67	153	5	231
Justice	6	3	-	28	-	-	37
Sports	1	-	-	1	-	1	3
Autres ministères	3	-	-	-	-	4	7
Total	20	6	-	144	163	14	347



Tableau 4

Répartition par matière des textes examinés

	1999	2000	2001	2002	2003
Administration départementale et communale	26	27	22	17	21
Associations et fondations (sauf dons et legs)	104	131	123	95	70
Communication-Culture	12	11	27	42	28
Congrégations et Cultes (sauf dons et legs)	21	33	17	19	20
Déclarations d'utilité publique	7	6	4	6	8
Dons et legs	70	76	89	54	56
Droit administratif et constitutionnel	-	3	2	6	7
Droit civil et procédure civile	8	5	5	7	2
Droit commercial	3	6	4	8	2
Droit pénal et procédure pénale	10	9	9	10	8
Élections	4	4	1	4	14
Enseignement	6	18	9	18	10
Fonction publique territoriale	9	10	15	15	20
Organisation administrative	14	13	14	21	13
Organisation judiciaire et officiers publics et ministériels	7	7	14	10	19
Outre-mer	40	46	27	21	12
Police	5	15	4	16	31
Sports-Jeunesse	4	9	8	19	3
Divers	-	-	-	4	3
Total	350	429	394	392	347



Section des finances

La Section des finances s'est réunie à 84 reprises en 2003. Lors de ses séances, elle a examiné, un projet de loi organique, 2 projets de loi de finances, 75 projets de loi (dont 61 projets autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales), 2 projets d'ordonnance et 4 projets de loi du pays. La Section a également donné un avis sur 210 projets de décret réglementaire.

Comme les années précédentes la Section a consacré une part significative de son activité à l'examen de textes nouveaux relatifs aux conventions internationales, à la défense, à la fonction publique et à la consommation. En outre, elle a eu à examiner, parfois dans des délais brefs, voire très brefs, d'importantes réformes touchant à des domaines aussi divers que délicats : projet de loi de sécurité financière et mise en place de l'autorité des marchés financiers ; projet de loi relatif à la réforme des retraites ; projet de loi de programme pour l'outre-mer ; projet de loi relatif notamment aux conditions d'emploi des fonctionnaires de France-Télécom ; projet de loi d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine ; projet de loi relatif au droit d'asile ; projet de loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales ; projet de réforme du Code des marchés publics.

Dispositions fiscales

Fiscalité des plus-values immobilières

Le projet de loi de finances pour 2004 comportait un important article réformant la fiscalité des plus-values immobilières. Le Conseil d'État a estimé que le passage d'un régime de taxation progressive des plus-values immobilières à un régime de taxation proportionnelle ne méconnaissait pas le principe d'égalité devant l'impôt, compte tenu du caractère particulier de ces sommes provenant d'un gain en capital et non d'une activité professionnelle ordinaire. Il a noté que la suppression de l'exonération des plus-values immobilières réalisées lors de la première cession des résidences détenues par des personnes qui ne sont pas propriétaires de leur habitation principale alors qu'est maintenue l'exonération pour les cessions de résidences principales ne méconnaissait pas non plus le principe d'égalité devant l'impôt, compte tenu de la différence de situation existant entre ces deux catégories de contribuables. La



même appréciation a été portée concernant la limitation des dépenses de construction et d'amélioration de l'habitation prises en compte pour déterminer le calcul de la plus-value immobilière aux seuls travaux réalisés et facturés par une entreprise à l'exclusion des travaux réalisés par le propriétaire lui-même, sous réserve d'un abattement de 15 % lorsque l'immeuble a plus de cinq ans.

Réforme du régime fiscal des distributions

Le projet de loi de finances pour 2004 comportait un autre article réformant le régime fiscal des distributions. Le Conseil d'État a considéré que la substitution d'un système d'abattement sur les distributions perçues des entreprises au système de l'avoir fiscal attaché à ces distributions ne méconnaissait pas le principe d'égalité devant l'impôt, compte tenu de l'objectif assigné à cette réforme tendant à empêcher la double imposition des bénéficiaires distribués. Il a souligné, en outre, que la réforme pouvait, sans méconnaître ce même principe d'égalité devant l'impôt, prévoir le versement d'un crédit d'impôt aux personnes physiques détenant des actions, notamment à travers un plan d'épargne en actions, afin d'atténuer le passage du système de l'avoir fiscal au système de l'abattement, sans étendre cet avantage aux titulaires de plans d'épargne entreprise. Les détenteurs de plans d'épargne en actions ne se trouvent pas, en effet, dans la même situation que les titulaires de plans d'épargne entreprise à raison de la possibilité de rattacher directement les produits distribués, qui viennent abonder le plan d'épargne en actions, à la personne du contribuable.

Transformation de taxes parafiscales en taxes fiscales

La loi organique du 1^{er} août 2001 supprimant le recours à la parafiscalité, le gouvernement a été conduit à envisager la transformation de certaines taxes parafiscales en taxes fiscales. Ces mesures, incluses dans le projet de loi de finances pour 2004 et dans le projet de collectif pour 2003, ont été l'occasion pour le Conseil d'État d'indiquer les conditions auxquelles devait satisfaire une régularisation.

Il a, tout d'abord, rappelé que tant la jurisprudence du Conseil constitutionnel que la loi organique elle-même excluent qu'une taxe parafiscale transformée en taxe fiscale puisse continuer à être affectée à un organisme privé dont l'activité ne constituerait pas une mission de service public. Le Conseil d'État a, à cet égard, estimé, eu égard aux critères définis par l'arrêt de Section du 28 juin 1963, *Narcy*, p. 401, que les centres techniques industriels pouvaient être affectataires de taxes fiscales. Il a procédé à la même appréciation concernant l'association pour le soutien au théâtre privé à condition toutefois que les objectifs des aides financées par cette association soient précisés dans la loi de finances elle-même et que le contrôle de l'État sur cet organisme soit renforcé. Il a, en revanche, dénié le caractère de service public aux centres professionnels de développement économique. Ces organismes s'ils agissent dans un but qui peut être, à certains égards, considéré comme d'intérêt général, interviennent néanmoins pour l'essentiel dans un cadre professionnel et dans des domaines relevant normalement des professions concernées.



Le Conseil d'État a estimé, en deuxième lieu, que le recouvrement de la taxe pouvait être assuré par une personne privée si celle-ci était soumise au contrôle de l'État et sans qu'il soit besoin qu'elle assure, par ailleurs, une mission de service public. Il a également rappelé, s'agissant de l'encadrement par la loi du régime des nouvelles taxes, que le gouvernement devait s'attacher à définir un régime cohérent et complet répondant aux prescriptions de l'article 34 de la Constitution concernant l'établissement, le recouvrement, le contrôle et le contentieux du nouvel impôt.

Le Conseil d'État a également eu à apprécier la compatibilité de certaines des nouvelles taxes avec l'interdiction de principe des taxes sur le chiffre d'affaires autres que la TVA. S'agissant, en particulier, de la taxe sur la joaillerie, il a estimé que celle-ci, bien que pesant sur les fabricants et les détaillants, n'était pas une taxe en cascade sur le chiffre d'affaires et n'était donc pas contraire à l'interdiction de principe rappelée ci-dessus.

Droit communautaire

Le Conseil d'État, qui a dû écarter une disposition relative à la TIPP sur le gazole dans les conditions qui ont été indiquées dans le compte rendu d'activité de l'Assemblée générale, a par ailleurs veillé à ce que les dispositions transformant les anciennes taxes parafiscales en taxes fiscales aient été notifiées à la Commission européenne, en tant qu'elles doivent être qualifiées d'aides d'État au sens des articles 87 et 88 du traité CE. Le Conseil a souligné que l'entrée en vigueur de ces articles serait nécessairement reportée à la date où la Commission européenne, à laquelle les projets avaient été communiqués, aurait rendu un avis favorable.

Dispositions budgétaires

Unité et universalité budgétaires

Un projet d'article du projet de budget pour 2004 supprimait le budget annexe des prestations sociales agricoles (BAPSA) à compter du 1^{er} janvier 2005, créait, dès le 1^{er} janvier 2004, un établissement public national à caractère administratif appelé à remplacer ce budget annexe, et affectait en 2004 à cet établissement une quote-part du droit de consommation sur les tabacs. Le Conseil d'État a adopté cet article. Il a estimé que l'affectation d'une taxe fiscale à cet établissement public ne méconnaît pas les principes d'unité et d'universalité budgétaires et ce alors même que le budget annexe des prestations sociales agricoles demeurera en activité en 2004. Le Conseil d'État a relevé d'ailleurs que la coexistence de l'établissement public et du budget annexe se justifiait par la prise en compte des besoins qui apparaîtront nécessairement dans le cadre de la transition à opérer entre les deux dispositifs.



Prohibition des « cavaliers budgétaires »

En ce qui concerne ce même projet d'article supprimant le BAPSA, le Conseil d'État a disjoint une disposition tendant à autoriser en 2004 le remboursement par le nouvel établissement public des frais financiers correspondant à un emprunt contracté cette même année par la mutualité sociale agricole pour couvrir le besoin de financement induit par la mensualisation des pensions de vieillesse des ressortissants du régime agricole dans les conditions prévues par l'article 105 de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003. Le Conseil d'État a estimé que cette disposition ne pouvait figurer dans une loi de finances car elle n'entraînait par elle-même aucune charge pour le budget de l'État.

Saisi, par ailleurs, d'un article relatif à la clôture du Fonds national de l'eau, le Conseil d'État a disjoint deux alinéas modifiant les articles L. 3232-2 et L. 3232-3 du Code général des collectivités territoriales. Il a, en effet, estimé que ces dispositions qui tendaient à supprimer l'avis du comité consultatif du fonds national pour le développement des adductions d'eau sur l'attribution de crédits au programme de maîtrise des pollutions d'origine agricole étaient étrangères à l'objet de la loi de finances.

Il a, de même, disjoint la seconde partie de l'article qui modifiait les articles L. 226-1, L. 226-8 et L. 313-3 du Code rural afin, d'une part, d'élargir les missions du service public de l'équarrissage, d'autre part, d'en confier la gestion au CNASEA. Le Conseil d'État, après avoir constaté que ces modifications n'emportaient aucune conséquence sur les charges ou les ressources de l'État, a estimé qu'elles ne pouvaient pas non plus être regardées comme un élément indissociable d'un dispositif financier d'ensemble dès lors que les modalités d'organisation du service public de l'équarrissage et la détermination de ses missions étaient, en l'espèce, détachables du dispositif fiscal objet de l'article.

En revanche, il a estimé qu'un article autorisant la titularisation de personnels d'une école privée, intégrée dans l'enseignement public en application de l'article L. 442-4 du Code de l'éducation, pouvait figurer dans la loi de finances dès lors que ladite disposition renvoyait pour la nomination de ces personnels aux emplois spécialement créés à cet effet par la même loi de finances et que, par suite, un lien suffisant existait entre la titularisation ainsi autorisée et une mesure de création d'emplois relevant du domaine exclusif des lois de finances.

Dispositions économiques et financières

Sécurité financière

Dans le cadre du projet de loi de sécurité financière, le Conseil d'État a tout d'abord examiné la création de l'Autorité des marchés financiers à partir de la fusion de la Commission des opérations de bourse, du Conseil des marchés financiers et du Conseil de discipline de la gestion financière. Il a disjoint la disposition prévoyant que la nouvelle institution était à la fois une autorité



administrative indépendante et une personne morale publique. Il a relevé, en effet, que les autorités administratives indépendantes font partie intégrante de l'État et ne peuvent exercer qu'en son nom les pouvoirs de réglementation et de sanction qui leur sont attribués par le législateur dans des domaines et selon des modalités strictement définis. En conséquence, les autorités administratives indépendantes ne peuvent être dotées d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État.

Le Conseil d'État a également écarté une disposition prévoyant que la commission des sanctions statuerait « hors la présence du rapporteur ». Il a estimé que sa propre jurisprudence, confortée par celle de la Cour européenne des droits de l'homme et reprise par celle de la Cour de cassation, ne faisait pas obstacle à ce qu'un membre de la commission des sanctions désigné en qualité de rapporteur participât au délibéré, dès lors qu'il était étranger à la notification des griefs. Le Conseil d'État a précisé que lorsque le rapporteur n'était pas un membre de la commission des sanctions, il pouvait assister au délibéré, mais sans voix délibérative.

En outre, le Conseil d'État a estimé que l'Autorité des marchés financiers, personne morale de droit public, devait être regardée comme une autorité constituée au sens et pour l'application de l'article 40 du Code de procédure pénale. Aussi a-t-il disjoint, comme inutile, la disposition prévoyant que l'Autorité des marchés financiers entrait dans le champ d'application de l'article 40 du Code de procédure pénale. Il a, par ailleurs, considéré qu'il n'y avait pas lieu détendre le champ de cet article 40 aux personnels de l'Autorité n'ayant pas la qualité de fonctionnaires. Aussi a-t-il disjoint la disposition correspondante.

Le Conseil d'État a également écarté celles des dispositions qui réservaient le bénéfice de l'intervention du fonds de garantie aux seules personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales, qui sont assurées, souscriptrices, adhérentes ou bénéficiaires des prestations des contrats d'assurances des entreprises soumises à l'obligation d'adhérer à ce fonds.

Il a, en effet, considéré que la différence de traitement ainsi créée entre personnes physiques et personnes morales n'était pas compatible avec l'objectif poursuivi par la loi qui est d'instituer une protection minimum au profit des assurés qui n'auraient pas la capacité de discerner la qualité de leurs assureurs et qu'en raison de cette distinction, le projet méconnaissait le principe d'égalité.

Il a estimé, en outre, compte tenu de l'objectif ainsi poursuivi, que le principe d'égalité ne faisait pas obstacle à ce que les personnes couvertes au titre de leur activité professionnelle soient exclues du bénéfice de l'intervention du fonds de garantie.

S'agissant des victimes d'un dommage susceptibles d'être indemnisées par le fond alors même que l'assuré responsable est exclu de la garantie de celui-ci, il a considéré que le principe d'égalité, s'il faisait obstacle à une différence de traitement entre les personnes physiques et les personnes morales, ne s'opposait pas à ce que soient exclues de l'indemnisation celles des victimes se trouvant à l'égard de l'auteur du dommage dans une situation contractuelle à titre professionnel.



Il a, enfin, admis que l'intervention du fonds de garantie, compte tenu de l'objet de ce fonds, soit réservée aux seuls contrats d'assurance dont la souscription est rendue obligatoire par une disposition législative ou réglementaire.

Afin d'assurer le respect du partage des compétences entre la loi et le règlement opéré par les articles 34 et 37 de la Constitution, l'Assemblée générale a proposé d'ajouter au projet des dispositions qui, conformément aux jurisprudences établies du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État relatives à la composition des juridictions disciplinaires, fixent la composition des commissions régionales d'inscription, appelées à se constituer en chambres régionales de discipline, ainsi que l'autorité compétente pour en nommer le président et les membres. À l'inverse, les dispositions prévoyant de manière détaillée les qualités requises des membres du Haut conseil du commissariat aux comptes ainsi que la possibilité pour ce dernier de créer des commissions consultatives sont apparues relever du domaine réglementaire et, par conséquent, du décret en Conseil d'État prévu à l'article précité.

Par ailleurs, saisi d'un projet de décret modifiant le décret n° 89-623 du 6 septembre 1989 pris en application de la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créance, le Conseil d'État a donné un avis favorable à ce projet. Il a, toutefois, disjoint le 4 du nouvel article 10-5 du décret n° 89-623 du 6 septembre 1989, introduit par le projet du Gouvernement, dans la mesure où il avait pour effet de permettre à un fonds d'investissement de proximité d'investir dans une entreprise en méconnaissance du critère fixé au a) de l'article L. 214-41-1 du Code monétaire et financier, selon lequel l'entreprise éligible à l'investissement d'un fonds doit exercer ses activités principalement dans les établissements situés dans la zone géographique du fonds.

Protection des consommateurs

Saisi du projet de décret transposant la directive 2001/112/CE relative aux jus de fruits et à certains produits similaires destinés à l'alimentation humaine, le Conseil d'État a estimé que la jurisprudence permettait d'imposer la dénomination en langue française des produits mentionnés en langue étrangère à l'annexe III de la directive, dès lors que la seule dénomination en langue étrangère ne pouvait assurer la correcte information du consommateur. Il a précisé en ce sens l'article 3 du projet de décret, lequel transpose le 1) b) de l'article 3 de la directive.

Conventions internationales

Opposabilité

Lors de l'examen du projet de loi autorisant la ratification de l'accord entre la République française, la Communauté européenne de l'énergie atomique et l'Agence internationale de l'énergie atomique relatif à l'application de garanties dans le cadre du traité visant l'interdiction des armes nucléaires en



Amérique latine et dans les Caraïbes, le Conseil d'État a relevé que l'article 10 de l'accord se référait aux stipulations non reproduites en annexe de l'accord sur les privilèges et immunités de l'Agence internationale de l'énergie atomique, qui n'a pas été signé ni ratifié par la France et, par suite, n'a pas été publié au Journal officiel de la République française. Le Conseil d'Etat, tout en donnant son accord au projet, a suggéré, afin que l'article 10 du nouvel accord soit opposable aux tiers, que le contenu de l'accord sur les privilèges et immunités de l'Agence internationale de l'énergie atomique, dans sa version applicable à la date de la signature du nouvel accord soumis à son examen, fasse l'objet, simultanément à la publication du dit accord, d'une insertion dans la partie information du Journal officiel.

Le même raisonnement a été suivi à propos de l'accord entre le Gouvernement de la République française et la Commission préparatoire de l'Organisation du traité d'interdiction complète des essais nucléaires sur la conduite des activités relatives aux installations de surveillance internationale dont plusieurs articles se référaient à des stipulations non reproduites en annexe du traité d'interdiction complète des essais nucléaires qui, signé et ratifié par la France, n'est pas encore entré en vigueur en l'absence de toutes les ratifications nécessaires et par suite n'a pas été publié au Journal officiel de la République française.

En outre, le Conseil d'État n'a pu donner un avis favorable au projet de loi autorisant l'approbation de la convention européenne du paysage. Il a relevé que l'article 4 de cette convention obligeait le Gouvernement à tenir compte pour la mise en œuvre de la convention, des stipulations de la Charte européenne de l'autonomie locale qui n'avait pas été ratifiée. Il a noté que la portée des engagements que souscrivait la France en ratifiant, le cas échéant, cette Charte, n'était pas fixée, compte tenu du caractère optionnel des stipulations de cette convention.

Champ d'application territorial

Il ressort de l'interprétation donnée par la Cour de justice des Communautés européennes aux stipulations du traité instituant la Communauté européenne relatives à son champ d'application territorial et notamment à son article 299, paragraphe 3, que les pays et territoires d'outre-mer (PTOM) font l'objet d'un régime spécial d'association défini dans la quatrième partie du traité, de sorte que les dispositions générales du traité ne leur sont pas applicables sans référence expresse.

Il en résulte que, lorsqu'un accord conclu par la Communauté et ses États membres avec un pays tiers comporte une clause faisant coïncider son champ d'application territorial avec celui du traité instituant la Communauté européenne, les pays et territoires d'outre-mer sont exclus du champ d'application matériel de cet accord, sauf stipulation expresse prévoyant qu'il leur est applicable.

Dès lors, il n'y a lieu d'accompagner l'instrument de ratification d'une déclaration notant que l'accord ne s'applique pas aux pays et territoires d'outre-mer associés à la Communauté européenne et, par conséquent, il n'est pas nécessaire de prévoir, avant l'adoption d'une loi autorisant la ratification d'un tel accord, la consultation des assemblées de ces territoires.



Portée des stipulations

À propos d'un projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume de Belgique relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et douanière, le Conseil d'État a souligné la rédaction critiquable d'un article de l'accord, qui stipule que « La coopération entre les Parties contractantes s'exerce sans préjudice des conventions de droit international liant les États Parties, du droit communautaire et du droit interne des États Parties ». Il a relevé que les termes : « sans préjudice » signifient en droit qu'une norme qui régit une matière déterminée ne fait pas obstacle à l'application d'une autre norme qui régit une autre matière, de sorte que ces deux normes sont applicables simultanément et que ces termes sont inappropriés à la solution des conflits susceptibles de s'élever entre normes telles que celles en cause, qui résultent des traités internationaux, du droit communautaire et du droit interne, lorsque ces normes régissent la même matière. Il a noté que les négociateurs auraient pu se référer à la rédaction des stipulations du 2 l'article 2 de l'accord franco-allemand du 9 octobre 1997 sur la coopération policière et douanière dans les zones frontalières, qui indiquent clairement que cet accord n'a pour objet et pour effet que de compléter le droit d'origine conventionnelle ou interne préexistant.

Examinant un projet de loi autorisant l'approbation de la convention sur la cybercriminalité, le Conseil d'État lui a donné un avis favorable, l'Assemblée générale a appelé l'attention du gouvernement sur les inconvénients de la « clause fédérale » figurant à l'article 41 de la convention, qui permet à un État fédéral de se réserver le droit d'honorer ou non certaines obligations contenues dans la convention pour tenir compte des principes qui gouvernent ses relations avec les États fédérés. Il a relevé, en effet, que l'existence de cette faculté de réserve était de nature à mettre en cause la réciprocité des engagements des Parties contractantes.

Obligation de saisir le Parlement

Saisi du projet de loi autorisant la ratification de la convention entre la République française et la Confédération suisse portant rectifications de la frontière entre les départements de l'Ain et de la Haute-Savoie et le canton de Genève, signé à Berne le 18 janvier 2002, le Conseil d'État lui a donné un avis favorable. En effet, la convention portant rectifications de frontière relevait de la catégorie des traités qui, aux termes des dispositions de l'article 53 de la Constitution, « comportent cession, échange ou adjonction de territoire » et qui, par conséquent, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Le Conseil d'État a, d'autre part, considéré que, eu égard à l'objet de la convention qui ne porte que sur des rectifications marginales de frontière sous la forme d'échange de parcelles équivalentes, au demeurant inhabitées, il n'y avait pas lieu de procéder de manière préalable à la consultation prévue au dernier alinéa de l'article 53 de la Constitution aux termes duquel « Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées ». Enfin, il a estimé que les dispositions de l'article L. 2112-2 du Code général des collectivités territoriales qui intéressent la modification des territoires des communes et qui prévoient,



notamment, la consultation préalable des conseils municipaux, n'étaient pas applicables à la procédure de ratification d'une convention portant rectification de frontière.

Saisie, par ailleurs, d'un projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre la République française et le Royaume-Uni concernant le soutien logistique mutuel, l'Assemblée générale a estimé qu'aucune des stipulations de cet accord ne relevait de l'article 53 de la Constitution. En effet, un accord qui prévoit une renonciation réciproque des parties à toute demande d'indemnité entre elles constitue un engagement contractuel que l'État pouvait prendre sans autorisation du législateur, dès lors que cet engagement, s'il intéresse les finances de l'État, ne les engage pas au sens de l'article 53 de la Constitution.

Saisi d'un projet de loi autorisant l'approbation de l'avenant, signé à Monaco le 25 octobre 2001, à la convention douanière entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Principauté de Monaco signée à Paris le 18 mai 1963 et modifiée par l'accord sous forme d'échange de lettres signé à Monaco le 8 novembre 1994, le Conseil d'État a estimé qu'il était inutile. Eu égard à son objet qui ne vise qu'à modifier les règles relatives au pavillon de la Principauté de Monaco, l'avenant en cause n'est pas susceptible d'affecter le pouvoir du législateur français en matière de francisation et, par suite, n'entre pas dans le champ de l'article 53 de la Constitution.

S'agissant, enfin, d'un projet de loi autorisant l'approbation de la convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, le Conseil d'État lui a donné un avis favorable. Il a noté, cependant, que les annexes à cette convention constituaient en l'espèce des déclarations unilatérales de la France et n'avaient pas à être soumises au Parlement en vue de leur approbation.

Fonction publique

Pensions civiles et militaires de retraite

Saisi du projet de loi portant réforme des retraites, le Conseil d'État a estimé que l'article 34 de la Constitution, aux termes duquel « la loi fixe... les règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État », ne fait pas obstacle à ce que la durée de cotisation des fonctionnaires régis par le Code des pensions civiles et militaires de retraite puisse être fixée par voie réglementaire dès lors que cette durée ne touche pas aux « garanties fondamentales », de même que, pour les salariés relevant du régime général de l'assurance vieillesse, la durée de cotisation ne relève pas des « principes fondamentaux de la sécurité sociale ».

Enfin, s'agissant de la création d'un régime additionnel de retraite, le Conseil d'État a estimé que ce régime complémentaire, dès lors qu'il aura un caractère obligatoire et sera partie intégrante du statut des fonctionnaires régis par le Code des pensions civiles et militaires de retraite, n'entraîne pas, quand bien même il pourrait être qualifié « d'entreprise », dans le champ d'application des



règles de concurrence communautaires au sens et pour l'application du 2 de l'article 86 du traité instituant la Communauté européenne.

Consultations obligatoires ⁷

La Section, comme chaque année, a été conduite à rappeler les règles régissant la consultation des comités techniques paritaires.

Lors de l'examen d'un projet de décret fixant les modalités exceptionnelles de recrutement dans le corps des adjoints administratifs du ministère de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, la Section a relevé que ce texte ne concernait que des personnels relevant du seul comité technique paritaire ministériel de ce ministère et a considéré que seule était obligatoire la consultation de ce comité.

La Section des finances a rappelé que les projets de décret contenant des dispositions statutaires concernant des personnels appartenant à des corps de fonctionnaires de l'État régis par un statut commun, mais relevant de la compétence d'un seul comité technique paritaire ministériel car affectés dans des services placés sous l'autorité d'un ministre auprès duquel ledit comité est institué, n'ont pas à être soumis à la commission des statuts du Conseil supérieur de la fonction publique. Ces projets relèvent de la compétence du seul comité technique paritaire ministériel. Le partage de compétence ainsi tracé entre la commission des statuts du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État et le comité technique paritaire ministériel n'est pas affecté par la nature ou l'importance de la dérogation faite aux règles statutaires communes pour un ou plusieurs corps relevant du même comité technique paritaire ministériel.

Il a, cependant, été indiqué, à cette occasion, qu'une multiplication de dérogations importantes aux règles statutaires communes, qui seraient adoptées ministère par ministère après consultation du seul comité technique paritaire ministériel correspondant, serait contraire à l'objectif poursuivi par les statuts communs à plusieurs corps qui est d'harmoniser les règles applicables aux agents des différents corps ministériels. Dès lors, en cas de dérogations importantes, il est souhaitable d'examiner au préalable si les dérogations envisagées ne sont pas susceptibles d'intéresser plusieurs corps, auquel cas il serait opportun de les inscrire dans les dispositions statutaires communes après consultation de la commission des statuts.

Enfin, à propos de la création d'un statut d'emploi de chef de mission des services du Premier ministre, la Section des finances a rappelé que les statuts d'emploi ne revêtaient pas le caractère de dispositions statutaires au sens de l'article 8 de la loi du 11 janvier 1984 et n'avaient donc pas à être soumis aux comités techniques paritaires ministériels selon la procédure, prévue à l'article 30 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982, comportant l'audition de deux représentants de la commission administrative paritaire. La consultation du

7 - Voir également, sur la question des consultations obligatoires, les rapports de la Section de l'intérieur, de la Section des travaux publics et de la Section sociale.



comité technique paritaire n'est exigée, s'agissant des statuts d'emploi, qu'à raison de ce que ces dispositions sont relatives à l'organisation du service. La circonstance que le statut d'emploi réserve l'accès de cet emploi aux membres d'un seul corps n'est pas de nature à changer cette qualification juridique.

Dispositions statutaires

Examinant un projet de décret relatif aux modalités particulières de détachement des fonctionnaires de France Télécom, lequel impliquait nécessairement qu'au sein des grades d'avancement concernés soient créés des emplois en surnombre, la Section a estimé que ces dispositions ne pourraient être effectivement mises en œuvre qu'à la condition que la loi de finances qui fixe le nombre d'emplois par grade, autorise la création en 2004 des emplois en cause.

À l'occasion de l'examen des projets de décret réformant les statuts de trois corps de fonctionnaires, la Section a constaté que ces statuts réservaient l'accès aux concours internes de ces corps aux seuls agents du ministère auquel ces trois corps appartenaient. Elle a considéré que l'exclusivité ainsi instituée en faveur des agents de ce ministère n'était justifiée ni par l'intérêt général, ni par les besoins du service et créait une discrimination entre agents publics dans l'accès aux concours internes. La Section a demandé au Gouvernement de corriger ces dispositions dans les meilleurs délais ainsi que celles, analogues, qui pourraient encore exister dans d'autres statuts particuliers.

Décentralisation

Principe d'autonomie financière

Saisi d'un projet de loi organique prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, le Conseil d'État a estimé que le mécanisme envisagé selon lequel pour chaque catégorie de collectivités territoriales (communes, départements et assimilés, régions et assimilées), la part des ressources propres ne peut être inférieure à celle constatée au titre de l'année 2003 pouvait constituer, à lui seul, la mise en œuvre de la règle fixée par l'article 72-2 de la Constitution selon laquelle les ressources propres doivent avoir un caractère déterminant dans l'ensemble des collectivités territoriales.

D'autre part, le Conseil d'État a considéré que la Nouvelle-Calédonie, régie par le titre XIII de la Constitution, n'était pas une collectivité territoriale au sens de l'article 72 du titre XII de la Constitution et, par suite, ne pouvait être incluse dans le champ d'application de la loi organique, prévue au troisième alinéa de l'article 72-2 du titre XII, fixant les conditions de mise en œuvre de la règle d'autonomie financière susmentionnée. La disposition assimilant la Nouvelle-Calédonie aux régions pour la mise en œuvre de cette règle a donc été disjointe.



En revanche, le Conseil d'État a estimé que les communes et les provinces de Nouvelle-Calédonie, instituées par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, étaient des collectivités territoriales de la République au sens de l'article 72 de la Constitution.

Régime des fonds disponibles

À l'occasion de l'examen d'un article du projet de loi de finances pour 2004 instituant un régime général de dérogations à l'obligation imposée par l'article 26-3° de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics de déposer toutes leurs disponibilités auprès de l'État « sauf dérogation expresse d'une loi de finances », le Conseil d'État a estimé qu'un tel régime, qui définit dans quels cas et à quelles conditions les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent soit placer certaines de leurs disponibilités soit les déposer ailleurs qu'auprès de l'État, ne méconnaissait pas les dispositions du 3° de l'article 26 de la loi organique précitée : en effet, ces dispositions, éclairées par leurs travaux préparatoires, ne sauraient être interprétées comme n'autorisant que des dérogations individuelles accordées au cas par cas en loi de finances à l'exclusion d'un régime général de dérogations. Il a considéré, en second lieu, que la limitation des instruments de placement utilisables par les collectivités territoriales et leurs établissements publics aux titres de la dette publique des États membres de la Communauté européenne et des États parties à l'accord sur l'Espace économique européen ainsi qu'à des titres garantis par eux ne portait pas une atteinte illégale au principe de libre circulation des capitaux définis par l'article 56 du traité CE, dès lors qu'un motif de sécurité publique, tiré de la nécessité de protéger les finances des collectivités publiques justifie suffisamment cette limitation. Il a, enfin, estimé que les dispositions prévoyant la possibilité dans certains cas, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, de déposer des fonds auprès de tout organisme de crédit bénéficiant des agréments légaux, sous réserve d'obtenir l'autorisation préalable du ministre chargé du Budget ou du trésorier-payeur général, ne méconnaissent pas le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, dès lors que l'autorisation préalable ainsi rendue nécessaire est prévue pour permettre l'exercice d'une faculté qui, au regard de l'obligation générale imposée par l'article 26 de la loi organique relative aux lois de finances mais aussi au regard même du régime général de dérogation défini par la loi de finances pour 2004, est dérogatoire.

Gestion des administrations

Organisation

Saisie du projet de décret relatif à l'Autorité des marchés financiers, la Section des finances l'a adopté après avoir apporté un certain nombre de modifications touchant notamment à la définition du régime applicable au personnel de la nouvelle autorité. Elle a estimé que, s'agissant de l'article L. 621-5-1 du Code



monétaire et financier qui prévoit que les dispositions des articles L. 412-1, L. 421-1, L. 431-1 et L. 236-1 du Code du travail sont applicables au personnel des services de l'Autorité des marchés financiers, le législateur, en indiquant que ces dispositions pouvaient faire l'objet d'adaptations par décret en Conseil d'État, n'avait pas entendu ouvrir au pouvoir réglementaire une faculté générale de dérogation aux règles régissant les institutions représentatives du personnel, mais s'était borné à prévoir la possibilité d'adaptations justifiées par la situation particulière de l'Autorité des marchés financiers qui emploiera des salariés de droit privé et des contractuels de droit public.

Examinant un projet de décret fixant certaines dispositions applicables aux agents contractuels de droit public du Fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations, la Section a refusé de donner son accord à une mesure prévoyant l'intervention du Conseil d'administration dans la procédure de mise à disposition des agents contractuels hors de leur établissement, procédure qui déroge à la répartition habituelle des compétences entre le Conseil d'administration et le directeur général.

La Section, saisie d'un projet de décret modifiant le décret n° 60-424 du 4 mai 1960 relatif au Centre français du commerce extérieur, a noté que les articles L.O. 145 du Code électoral pour les députés et L.O. 297 pour les sénateurs édictant une incompatibilité entre un mandat parlementaire et les fonctions de président du conseil d'administration des établissements publics nationaux, prévoient que cette incompatibilité ne s'applique pas aux parlementaires désignés en cette qualité comme président. Il a estimé que cette dérogation n'impliquait pas, pour sa mise en œuvre, que le texte fixant les modalités de désignation du président du conseil d'administration d'un établissement public national limite le choix de l'autorité de nomination aux seuls parlementaires. Il suffit que ce texte fasse figurer les parlementaires parmi les catégories de personnes susceptibles d'être désignées comme président.

Examinant le projet de loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur l'accroissement considérable de l'activité de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et plus particulièrement de celle de la commission des recours des réfugiés qu'implique la réforme et, par conséquent, sur l'importance des moyens supplémentaires que, dès lors, il convient de leur attribuer. Il a noté que si l'étude d'impact analysait précisément les moyens supplémentaires exigés, ces moyens ne pouvaient être fournis par redéploiement des moyens actuellement affectés à l'examen des demandes d'asile territorial alors qu'il est avéré que les services des préfectures n'ont pas été en mesure de répondre à l'afflux de ces demandes et qu'il leur faudra continuer de traiter celles-ci compte tenu des dispositions transitoires de l'article 13 du projet.

Marchés publics

Examinant le projet de décret portant Code des marchés publics, le Conseil d'État a pris acte de la volonté du Gouvernement d'accroître les marges d'appréciation et la liberté des acheteurs publics afin de renforcer l'efficacité de la commande publique et de responsabiliser les administrations. Il lui a donc donné un avis favorable.



Il a, toutefois, estimé que ne pouvait être confiée à des centrales d'achat la mission de mettre en œuvre, pour le compte de pouvoirs adjudicateurs, les procédures de passation de leurs marchés et de veiller à la bonne exécution de ceux-ci. Une telle mission consiste en effet en une prestation de services individualisée et ne relève pas, par suite, d'une logique de centralisation des achats.

S'agissant, enfin, de l'organisation de la publicité, le Conseil d'État a retenu une rédaction différente de celle du projet du Gouvernement. Il lui a semblé, en effet, qu'une publication des avis d'appel public à la concurrence au bulletin des annonces des marchés publics devrait être regardée comme suffisante, mais que, dans le cas où la personne responsable du marché ayant choisi de publier un avis dans un journal habilité à recevoir des annonces légales, il pouvait être nécessaire de prévoir une publication complémentaire pour assurer une publicité suffisante compte tenu de la nature des prestations en cause, une telle publication complémentaire pouvait intervenir non seulement dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné, mais aussi dans tout autre support adapté.

Contrôle financier et contrôle juridictionnel

Saisi d'un projet de décret relatif à la gestion des crédits mis à la disposition du défenseur des enfants, le Conseil d'État n'a pu lui donner un avis favorable. Il a relevé qu'un décret ne pouvait exonérer les comptes du défenseur des enfants du jugement par la Cour des comptes. Faute de disposition législative exemptant explicitement ses dépenses du contrôle juridictionnel, le défenseur des enfants qui manie les deniers publics et procède à la dépense comme un comptable public, a nécessairement, en l'absence de comptable public, lui-même cette qualité qu'il cumule avec celle d'ordonnateur, de sorte que sa responsabilité pécuniaire peut être prononcée par le juge des comptes à raison de la tenue défectueuse de sa comptabilité.

Dans ces conditions, le Conseil d'État a relevé que le Gouvernement avait le choix entre deux solutions, la première consistant à indiquer que le défenseur des enfants, cumulant les fonctions d'ordonnateur et de comptable, assume toutes les fonctions d'un comptable public et encourt les mêmes responsabilités que celui-ci, la seconde revenant à appliquer au défenseur des enfants les règles de droit commun en le dotant d'un comptable public.

Saisi d'un projet de décret relatif au contrôle financier au sein des administrations centrales, le Conseil d'État a considéré que le premier alinéa de l'article 5 de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées, qui prévoit le visa préalable du contrôle financier sur les engagements de dépenses, ainsi que le premier alinéa de l'article 6 de la même loi, qui prévoit le visa préalable du contrôle financier sur les ordonnances de paiement et les ordonnances de délégation de crédits, présentent un caractère réglementaire et peuvent donc être modifiée par décret en Conseil d'État.



Statistiques

En 2003, la Section des finances a tenu 84 séances ; au cours de l'année, la Section a examiné 350 textes dont 81 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	1999	2000	2001	2002	2003
Lois	64	44	56	61	78
<i>dont lois autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales</i>	57	34	43	52	61
Ordonnances	0	3	1	1	2
Lois du pays (Nouvelle-Calédonie)	3	2	5	5	4
Décrets réglementaires	196	253	204	256	210
Remises gracieuses	95	128	117	21	56
Avis	3	5	0	2	0
Total	361	435	383	346	350

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2003

Total des affaires examinées	moins de 15 jours	de 15 jours à 1 mois	de 1 mois à 2 mois	plus de 2 mois
78	6	28	37	7

Tableau 3
Répartition des textes examinés par ministère d'origine

Ministères d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets	Avis	Lois du pays	Remises gracieuses
Premier ministre	3	-	2	-	-	-
Affaires étrangères	63	-	6	-	-	-
Agriculture et pêche	-	-	21	-	-	-
Aménagement du territoire et environnement	-	-	4	-	-	-
Budget	1	-	10	-	-	56
Culture et communication	-	-	11	-	-	-
Défense	1	1	24	-	-	-
Économie, finances, industrie	6	1	54	-	-	-
Éducation nationale	1	-	12	-	-	-
Emploi et solidarité	-	-	9	-	-	-
Équipement, transports et logement	1	-	10	-	-	-
Fonction publique et réforme de l'État	1	-	17	-	-	-
Intérieur	-	-	5	-	-	-
Jeunesse et sports	-	-	4	-	-	-
Justice	-	-	7	-	-	-
Outre-mer	1	-	2	-	-	-
PME, commerce et artisanat	-	-	12	-	-	-
Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie	-	-	-	-	4	-
Total	78	2	210	0	4	56



Tableau 4

Répartition par matière des textes examinés

	1999	2000	2001	2002	2003
Accords internationaux	55	34	43	52	61
Assurance	4	4	4	7	4
Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique	5	11	6	17	12
Comptabilité publique	2	4	-	-	12
Consommation	12	13	15	12	12
Contributions et taxes	19	19	28	26	15
Crédit et banques, instruments financiers, monnaie	10	18	14	11	12
Défense	20	32	15	18	11
Diplomatie (sauf accords internationaux)	-	2	-	-	1
Domaine	-	1	-	1	1
Douane	-	2	2	5	-
Fonctionnaires et agents publics	129	153	126	158	125
Marchés et contrats administratifs	3	3	2	1	2
Pensions	3	2	2	3	12
Pouvoirs publics	4	9	10	14	14
Remises de débêt	95	128	117	21	56
Total	361	435	384	346	350



Section des travaux publics

Au cours de l'année 2003, la Section des travaux publics a examiné 184 textes, soit un peu plus qu'en 1999 mais moins qu'en 2000, 2001 et 2002, années au cours desquelles plus de deux cents textes lui avaient été soumis. Ceci s'explique, d'une part, par une diminution sensible du nombre des décrets réglementaires examinés et, d'autre part, par le maintien à un niveau relativement faible des décrets non réglementaires.

Cette évolution est principalement imputable au fait que les décrets d'application des lois promulguées pendant la législature 1997-2002 sont déjà intervenus et qu'il faut, en revanche, encore attendre pour que soient examinés la plupart des décrets prévus par les lois dont les projets ont été déposés au Parlement ou votés à la fin de l'année 2002 et en 2003. Elle vient également de ce que les réformes visant à ne plus soumettre à l'avis du Conseil d'État certaines décisions à caractère individuel, comme les refus de défrichement, produisent désormais leurs effets. Par ailleurs, en 2002, avaient été examinés les décrets d'attributions des ministres.

L'augmentation d'un tiers par rapport à l'an passé du nombre des projets de lois examinés (12 contre 9, sans compter les projets examinés conjointement avec d'autres sections comme le projet de loi relatif à la décentralisation ou le projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit), la longueur de ces projets, composés pour plusieurs d'entre eux de plus d'une centaine d'articles, eux-mêmes subdivisés en nombreux paragraphes, et le nombre des saisines relatives à des projets d'ordonnances ou à des demandes d'avis ont contribué au maintien d'une activité.

Il est dommage que, sauf rares exceptions, la Section n'ait pu être saisie dès le stade des avant-projets des lois examinées et qu'à l'inverse, y compris pour les textes les plus délicats, les délais qui lui ont été laissés aient souvent été très courts. Ceci peut d'autant plus être déploré que le Gouvernement a, parfois, ajourné in fine la publication ou le dépôt au Parlement de textes qu'il avait pourtant transmis en urgence. Au 10 décembre 2003, environ un tiers des textes examinés au cours de l'année n'avaient pas été publiés.

La répartition par matières a été marquée par une part toujours importante des textes relatifs à l'agriculture, qui ont notamment consisté dans la refonte des livres II et VI de la partie réglementaire du Code rural, à l'environnement, au travers de nombreux classements de sites, et à la chasse, à l'énergie et aux transports terrestres, et, dans ce domaine en particulier, aux questions de sécurité routière marquées par la loi du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière, promulguée quatre mois seulement après l'examen de son



projet par la Section. Le ministère de l'Équipement qui avait présenté plus de quatre textes sur dix en 2002, en a présenté en 2003 un peu moins de trois sur dix. Les proportions sont inversées pour le total des textes transmis au cours de ces deux années par les ministères chargés de l'Écologie et de l'Industrie.

La Section, compte tenu des départements ministériels dont elle a la charge, a été comme chaque année, particulièrement sollicitée par la transposition de directives communautaires. Pas moins de quatre projets de loi ayant cet objet ont ainsi été examinés pour le seul secteur des postes et télécommunications, où sont intervenues la modification de la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, l'instauration d'une nouvelle régulation du secteur postal, la transposition des directives dites « paquet Telecom II » relatif aux communications électroniques et, enfin, la préparation de la privatisation de France Telecom pour ce qui concerne les conditions d'attribution des missions du service universel des télécommunications et les conditions d'emploi des fonctionnaires de cette entreprise.

Élaboration et qualité des textes

1 – Certaines des recommandations formulées par la Section ces dernières années ont été suivies d'effet.

Ainsi, une ordonnance a abrogé la procédure d'instruction mixte applicable aux projets de travaux, d'aménagements et d'ouvrages de l'État et des collectivités territoriales. Devrait également intervenir, après dix huit années de maturation, le décret modifiant la procédure de délimitation du rivage de la mer, de la mer à l'embouchure des fleuves et rivières, et des lais et relais de la mer.

2 – La Section a toutefois dû recommander, à nouveau, au Gouvernement de procéder à la refonte d'un certain nombre d'autres réglementations.

On peut, en premier lieu, mentionner la question des contrôles de sécurité des remontées mécaniques. Il est en effet apparu à l'examen d'un projet de décret relatif à la mise sur le marché des constituants et sous-systèmes assurant la sécurité de ces engins qu'il existait, compte tenu de l'application simultanée de ce texte et du décret n° 87-815 du 5 octobre 1987 relatif au contrôle technique et de sécurité de l'État sur les remontées mécaniques, d'importants risques contentieux quant aux responsabilités respectives, en matière de vérification et de surveillance, du maître d'ouvrage et du maître d'œuvre.

Dans le domaine de la politique agricole commune, la Section a relevé le caractère peu satisfaisant du procédé consistant à suspendre, deux années de suite, l'application du décret n° 2000-280 du 24 mars 2000 relatif à la modulation des paiements accordés aux agriculteurs au titre des régimes de soutien direct, plutôt que de l'abroger. Elle a, ainsi recommandé au Gouvernement d'adopter, pour les années 2004 et suivantes, un dispositif réglementaire stable en matière de modulation de ces aides.

En matière de logement, la Section a étudié un projet de décret mettant en place la réglementation applicable aux logements-foyers. Elle a donné un avis



défavorable au texte qui lui était soumis, au motif qu'eu égard à la diversité des établissements intéressés, aux différences de situation des populations qui y sont hébergées et à la variété des conditions de leur séjour, la réglementation uniforme proposée n'était pas adaptée. Elle a ajouté qu'il serait opportun que soient modifiés les articles L. 633-1 à L. 633-4 du Code de la construction et de l'habitation, issus d'un amendement parlementaire, qui traitent de façon globale des logements-foyers, sans comporter les distinctions qu'appellerait la diversité des régimes juridiques applicables à ces logements et aux personnes qui peuvent y résider.

Enfin, à l'occasion d'un avis relatif à la détermination de l'autorité de police compétente en cas de sinistres survenant dans les ports, la Section a relevé que la combinaison des textes en vigueur rendait difficile la détermination des autorités responsables (maire, préfet, préfet maritime, autorités du port) et a appelé l'attention du ministre sur l'intérêt d'un réexamen de l'ensemble de la législation actuelle afin d'y apporter, en fonction notamment des risques susceptibles de se produire dans les différents ports, les clarifications, corrections et compléments ou simplifications souhaitables.

3 – S'agissant de la qualité des textes, les critiques habituelles restent d'actualité.

La première critique, en dépit de l'objectif de simplification administrative souvent mis en avant, notamment dans la loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, concerne la complexité des projets. Cette complexité est très apparente dans le domaine de l'environnement à travers la superposition, sur certains territoires, de plusieurs régimes de protection issus de la réglementation des sites, des parcs régionaux, des réserves naturelles, des zones « Natura 2000 », du littoral. Elle se manifeste également à travers la prolifération des « schémas » dont on peut craindre, à supposer même qu'ils soient élaborés, qu'ils ne soient pas régulièrement mis à jour et perdent alors toute utilité. Elle est, en outre, accrue par la concomitance fréquente de plusieurs projets modifiant un même texte. Certaines dispositions du Code des postes et télécommunications vont ainsi faire l'objet, presque simultanément, ou du moins dans un ordre sur lequel le Parlement devra veiller avec attention, de nombreuses modifications issues du projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique et des projets de lois transposant des directives en matière de télécommunications évoqués plus haut. C'est notamment le cas des articles relatifs à l'Autorité de régulation des télécommunications.

La seconde critique renvoie à l'insuffisante cohérence des textes, en la forme et sur le fond. Dans le projet de loi portant diverses mesures renforçant la répression des infractions aux règles de la sécurité routière, par exemple, la Section a dû disjoindre les dispositions permettant au juge pénal de limiter en dehors de l'activité professionnelle la suspension de permis de conduire lorsque celle-ci est prononcée à titre de peine complémentaire. Les effets pervers d'une telle mesure dépassaient en effet les bénéfices escomptés dès lors que le risque était grand qu'eu égard aux conséquences disproportionnées que peut comporter, notamment en zone rurale, la suspension pure et simple des permis de conduire, une telle peine ne soit plus du tout prononcée. Dans le même projet ont, par ailleurs, été disjointes des dispositions relatives aux enquêtes techniques sur les accidents d'aéronefs militaires et relatives aux conditions d'emprisonnement individuel des détenus provisoires, qui étaient, de toute évidence, sans rapport avec le reste du texte, consacré exclusivement à la sécurité routière.



Organisation administrative et fonctionnement des services publics

1 – La Section s’est intéressée, comme souvent à l’occasion des réformes qui lui sont présentées, à la répartition des compétences au sein de l’État.

Lors de l’examen du projet de loi relatif à la régulation des activités postales, est ainsi apparue une difficulté quant au partage des compétences entre le Gouvernement et l’ART appelée à devenir autorité de régulation des postes. Le projet de loi prévoyait en effet de donner à l’ART le pouvoir d’approuver les tarifs de services postaux faisant partie du secteur réservé à la Poste. Or, dans le même temps, il maintenait les dispositions de la loi du 2 juillet 1990 relatives au contrat de plan entre La Poste et l’État qui donnent à ce dernier le pouvoir de fixer les « objectifs tarifaires du service universel ». Il en résulte que des risques de conflits sont susceptibles de naître entre l’autorité ministérielle et l’instance de régulation lors de l’application de ces objectifs au service réservé. La Section n’a toutefois pas cru devoir rejeter le texte proposé mais a appelé l’attention du gouvernement sur cette question par une note.

La Section s’est également interrogée sur le partage des pouvoirs entre l’administration centrale et les services déconcentrés, à travers l’application toujours délicate du décret du 15 janvier 1997 relative à la déconcentration des décisions administratives individuelles.

Lors de l’examen d’un projet de décret relatif à la commercialisation des matériels forestiers de reproduction, la Section a considéré que la décision du ministre prononçant, dans les conditions prévues aux articles R. 552-1 et suivants du Code forestier, l’admission des matériels de base et leur inscription sur le registre national prévu à l’article R. 552-2, ne pouvait, compte tenu de sa portée et des conditions dans lesquelles elle intervient, être regardée comme une décision à caractère individuel. Elle en a déduit qu’il n’était pas nécessaire, pour donner compétence au ministre, de passer par un décret en conseil des ministres. Elle a raisonné de même pour la radiation du registre des matériels de base qui ne rempliraient plus les conditions d’admission.

Procédant à la codification du livre VI du Code rural, la Section a constaté, en revanche, qu’il n’existait pas de fondement juridique au maintien de la compétence du ministre chargé de l’Agriculture pour agréer les laboratoires qui effectuent des analyses en matière de vins délimités de qualité supérieure, pour prononcer la sanction d’interdiction de délivrance des labels à l’encontre des syndicats qui enfreignent la réglementation et pour autoriser les centres d’insémination artificielle. Elle n’a donc pas repris dans le code la mention que les actes en cause sont pris par le ministre chargé de l’Agriculture.

Dans un projet de décret relatif à la délivrance, en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique et à la Réunion, de certificats d’importation, d’exportation et ou préfixation de la restitution, la Section a admis qu’il était possible de limiter aux départements d’outre-mer le transfert au préfet de la compétence relative à une décision prise, en métropole, par le ministre.

Validant à l’inverse une mesure contraire au mouvement de déconcentration des pouvoirs, la Section a donné un avis favorable à un projet de décret en



conseil des ministres relatif à l'immatriculation des cyclomoteurs qui se propose de donner compétence non pas aux préfets mais au ministre, en matière d'immatriculation de ce genre de véhicules, ayant été convaincue par l'administration que la mise en place d'un système national de traitement des cartes grises serait plus efficace qu'un système déconcentré.

2 – A travers les nombreux textes soumis à son examen en matière de décentralisation, la Section s'est aussi penchée sur les relations existant entre l'État et les collectivités locales.

Dans un projet de décret relatif aux plans régionaux pour la qualité de l'air, ont été examinées les modalités d'application du pouvoir de substitution confié à l'État lorsque les régions, même après mise en demeure, n'élaborent ou ne révisent pas un tel plan. La Section a estimé que les dispositions en cause impliquaient nécessairement, même dans le silence de l'article L. 222-3 du Code de l'environnement sur ce point, que le préfet de région dispose également d'un pouvoir de substitution dans l'hypothèse où les plans ne seraient pas évalués.

Dans un autre projet de décret, la Section a dû apprécier les conséquences de la dévolution aux régions et à la collectivité territoriale de Corse de la compétence pour classer les réserves naturelles sur la possibilité de l'État de défendre les intérêts dont il garde la charge. Il a notamment été relevé, à cet égard, que le classement d'un territoire en réserve naturelle ne saurait faire obstacle à ce que, dans les situations d'urgence, l'État puisse y exercer sans délai ses compétences en matière d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique et de défense nationale. Il a, en revanche, été regretté que le législateur n'ait pas prévu, comme en matière d'urbanisme à travers les procédures de mise en compatibilité des plans d'occupation des sols, de dispositions permettant de concilier un classement avec les intérêts publics éventuellement antagonistes, dont l'État, ou des collectivités locales, auraient la charge.

Contrainte d'interpréter l'article L. 332-2 du Code de l'environnement aux termes duquel, en cas de désaccord des propriétaires, la délibération du conseil régional ou de la collectivité territoriale de Corse décidant du classement d'une réserve naturelle est « prise par décret en Conseil d'État », la Section s'est référée aux travaux préparatoires de ces dispositions, pour considérer qu'elles avaient pour objet et pour effet d'imposer au Gouvernement, lorsqu'une telle délibération est prise, de soumettre un projet de décret au Conseil d'État. Elle a prévu que la délibération serait jointe à cette saisine, ce qui implique à ses yeux que le Gouvernement ne serait pas tenu par son contenu. Elle a estimé, en outre, que le premier ministre pourrait choisir, même en cas d'avis favorable du Conseil d'État, de ne pas prendre de décret, ce qui conduit à redonner à l'État pleine compétence en matière de classement, dans une hypothèse qui sera, sans doute, en pratique, assez fréquente.

3 – Les règles relatives aux consultations obligatoires, notamment à l'égard des instances européennes, ont été précisées ⁸.

8 - Voir également, sur la question des consultations obligatoires, les rapports de la Section de l'intérieur, de la Section des finances et de la Section sociale.



Statuant sur un projet de décret relatif aux annuaires universels et aux services universels de renseignements, la Section a estimé que la consultation préalable du Conseil de la concurrence n'était pas nécessaire. Si le texte donnait des indications sur les catégories de coûts que les opérateurs peuvent retenir pour fixer les tarifs de cession des listes d'abonnés, il n'avait, en effet, pas directement pour effet d'imposer à ceux-ci des « pratiques uniformes en matière de prix », au sens du 3^o de l'article L. 462-2 du Code de commerce issu de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui prévoit les cas dans lesquels la consultation du Conseil de la concurrence est obligatoire.

La Section a, en revanche, dû différer l'examen ou disjoindre certaines dispositions de projets de textes qui n'avaient pas donné lieu à la consultation des comités techniques paritaires compétents. Il en a été ainsi de la modification de la composition et des attributions du conseil d'administration de l'Institut national de la propriété industrielle qui était prévue dans un projet de décret modifiant le Code de la propriété intellectuelle. Il en est allé de même, dans le projet de loi relatif au développement des territoires ruraux, d'une part, à propos de dispositions qui prévoyaient le transfert aux départements des parties de services déconcentrés du ministère de l'Agriculture qui participent à l'exercice des compétences en matière d'aménagement foncier dévolues aux départements et n'avaient pas été soumises au comité technique paritaire ministériel et, d'autre part, des dispositions qui permettaient la transformation en établissement public du Domaine national de Chambord, actuellement géré par le Centre des monuments nationaux, sur lesquelles le comité technique paritaire de ce centre n'avait pas été consulté.

De la même manière, les dispositions d'un projet de décret relatif aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles prévoyant des mesures d'adaptation pour certaines collectivités d'outre-mer et la Corse ont été disjointes faute d'avoir été soumises préalablement à la saisine du Conseil d'État, aux organes délibérants de ces collectivités.

Au plan communautaire, la Section a considéré que l'article du projet de loi relatif au développement des territoires ruraux créant les sociétés d'investissement rural, qui permettait à ces sociétés d'accorder à des entreprises, notamment dans le secteur touristique, des « aides d'État » au sens de l'article 87 du traité instituant l'Union européenne devait être notifié à la Commission des communautés européennes préalablement à la saisine du Conseil d'État. En revanche, saisie d'un projet de décret complétant la liste annexée au décret n° 2001-387 du 3 mai 2001 relatif au contrôle des instruments de mesure, la Section a estimé que le seul fait d'ajouter à cette liste une nouvelle catégorie d'instruments de mesure ne constituait pas un projet de nouvelle règle technique au sens de l'article 8 de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une notification à la Commission. En revanche, il a été relevé que les arrêtés ministériels pris en application de ce décret devraient être communiqués sous forme de projets à la Commission.

Enfin, à propos d'un décret un peu anecdotique relatif au nettoyage des parcelles forestières en cas de chablis, la Section a estimé que l'interrogation par écrit des membres d'une instance collégiale dont la consultation est obligatoire ne permet pas de regarder cette formalité comme remplie. En l'espèce, il s'agissait du Conseil supérieur de la forêt, des produits forestiers et de la transformation du bois, dont la consultation est requise par les articles L. 322-1-1 et L. 322-3 du Code forestier.



Protection de l'environnement, aménagement du territoire et habitat

1 – La Section a été saisie à une vingtaine de reprises de projets de classements de sites. Elle a notamment classé, eu égard à son intérêt historique, l'ensemble formé par le port artificiel Winston Churchill d'Arromanches et les falaises avoisinantes, complétant ainsi la protection des plages du débarquement. La plupart des autres sites classés l'ont été en raison de leur caractère pittoresque.

Dans un projet de décret portant nouvelle délimitation du site classé du Haras du Pin (Orne), l'exclusion du périmètre mis à l'enquête d'une ferme et d'un centre de recherches affectés à l'Institut national de la recherche agronomique, n'a pas semblé à la Section de nature à faire perdre à la préservation du site son caractère d'intérêt général. Elle n'en a pas moins regretté une telle exclusion, pratiquée au détriment de la cohérence du site, à seule fin de s'assurer la neutralité d'administrations et d'éviter de recourir à l'arbitrage du Premier ministre.

Dans le même sens, alors qu'un délai de plus de dix ans avait séparé le projet de classement du site de la pointe de Barfleur (Manche) de l'enquête publique, la Section a rappelé au ministre chargé de l'Environnement que, dans le cas où, comme en l'espèce, un autre ministre s'oppose au projet, il lui appartenait de saisir le Premier ministre afin qu'il tranche le différend et que la procédure puisse se poursuivre dans des délais raisonnables.

Enfin, après qu'il est apparu, à l'occasion du projet de classement d'une vallée du département de l'Essonne que la commission des sites, perspectives et paysages de ce département ne se réunissait que deux fois par an, il a été rappelé au préfet l'obligation de convoquer des réunions au moins une fois par trimestre, comme cela se fait dans la majorité des autres départements, afin de ne pas retarder exagérément le déroulement des procédures de classement ni celui des procédures de déclaration ou demande d'autorisation de travaux.

2 – S'agissant de la politique de l'eau, la Section puis l'Assemblée générale ont relevé, lors de l'examen du projet de loi portant transposition de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau que le respect des obligations incombant à la France pour la transposition de cette directive impliquait que la collectivité territoriale de Corse exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article L. 4424-36 du Code général des collectivités territoriales en matière de schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux, en organisant notamment la procédure d'élaboration du schéma directeur en conformité avec les délais et objectifs prévus par cette directive.

3 – Le Conseil d'État, enfin, a disjoint du projet de loi d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine un article qui annonçait une réforme des sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré et prévoyait des dispositions transitoires dans l'attente d'une prochaine loi organisant cette réforme. Il a, d'une part, estimé qu'il n'était pas opportun de poser le principe



d'une réforme en renvoyant à une loi ultérieure les conditions de son application. Il a, d'autre part, écarté les dispositions qui subordonnaient à une autorisation d'un actionnaire de référence, à peine de nullité, les acquisitions d'actions de ces sociétés anonymes réalisées à compter du 1^{er} janvier 2003, en l'absence d'intérêt général justifiant les atteintes graves ainsi portées, en partie rétroactivement, au droit de propriété et à la liberté contractuelle.

Utilité publique, voirie, domaine public

1 – Les saisines venant du ministère de l'Équipement et portant sur des déclarations d'utilité publique de projets d'aménagement ou de projets routiers ont diminué, sans doute sous le double effet de la redéfinition des priorités consacrée par le récent audit sur les infrastructures et d'une anticipation de la suppression de l'avis du Conseil d'État pour certains projets. Deux prises de position sont à noter.

Saisie du projet de décret déclarant d'utilité publique les travaux de construction de la section Balbigny – La Tour-de-Salvagny de l'autoroute A89, la Section a estimé que ce tronçon qui prolonge jusqu'aux abords de Lyon l'A89 revêt, en dépit d'un coût élevé, un caractère d'utilité publique car il vient compléter un axe routier qui reliera l'Aquitaine à l'est de la France et permettra une liaison transversale vers la Suisse et l'Italie. S'il est vrai que l'utilité de cet équipement sera accrue par la réalisation de la jonction entre l'A89 et l'A6 au nord-ouest de Lyon, la circonstance que cette jonction n'a pas fait partie du projet soumis à l'enquête publique et ne sera pas réalisée en même temps que l'opération déclarée d'utilité publique, n'a pas été regardée comme de nature à retirer au projet présenté son caractère d'utilité publique.

Statuant sur un projet de décret déclarant l'utilité publique de travaux d'aménagement de la RN2 dans l'Oise, la Section a appelé l'attention du Gouvernement sur la nécessité de procéder, pour chaque variante d'un projet susceptible d'interférer avec des zones protégées au titre du dispositif Natura 2000, à une analyse de l'incidence du projet sur les espèces protégées, des mesures de compensation éventuelles et de leur coût afin de mettre le Conseil d'État mieux à même d'effectuer le bilan « coûts-avantages » de la variante retenue.

2 – En matière de circulation routière, deux observations méritent d'être signalées.

En premier lieu, dans le projet de décret relatif à la circulation des cycles, la Section a disjoint la disposition prévoyant que, par dérogation à la règle selon laquelle les dépassements s'effectuent à gauche (article R. 414-6 du Code de la route), les cyclistes circulant en agglomération pourraient dépasser par la droite les véhicules arrêtés ou circulant à l'allure du pas. Il est apparu, en effet, tout d'abord qu'une telle disposition, dont des usagers autres que les cyclistes pourraient être incités à user, était en contradiction avec l'article R. 412-9 du Code de la route prescrivant à tout conducteur de maintenir son véhicule près du bord droit de la chaussée de sorte qu'il ne doit pas en principe subsister à droite d'espace suffisant pour des dépassements en toute sécurité. Par ailleurs,



la mise en œuvre d'une telle faculté risquait d'être source de difficultés pour la détermination des responsabilités en cas d'accident.

En deuxième lieu, lors de l'examen du projet de décret relatif à la sécurité routière, la Section a considéré que la généralisation de la procédure de l'amende forfaitaire à l'ensemble des contraventions de la quatrième classe au Code de la route n'apparaissait pas incompatible avec l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, même si elle incite les contrevenants à renoncer à l'action juridictionnelle, dans la mesure où celle-ci les exposerait à des sanctions plus lourdes, comme une suspension de permis de conduire. Se fondant sur les préoccupations qui ont inspiré la Cour de Strasbourg dans l'arrêt du 21 février 1984, *Oztürk c/Allemagne*, la Section a estimé qu'il était possible de mettre en place un système qui, sans supprimer l'accès au juge, a pour objet et pour effet de décharger les tribunaux de la poursuite et du jugement d'un grand nombre d'infractions sans gravité.

3 – Les questions de domanialité ont été abordées sous différents aspects.

Se prononçant sur le projet de loi relatif aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, la Section, suivie par l'Assemblée générale, a considéré, en se référant à une décision contentieuse du 21 mars 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, que l'impératif d'ordre constitutionnel de protection du domaine public s'opposait à ce que fût institué, même par la loi, un régime d'autorisation tacite en matière de permission de voirie, qui ferait notamment obstacle à ce que soient, le cas échéant, précisées les prescriptions d'implantation et d'exploitation nécessaires à la circulation publique et à la conservation de la voirie.

Par ailleurs, à propos du projet de décret sur les réserves naturelles, la Section a estimé que rien ne s'opposait à ce qu'une réserve naturelle, qu'elle ait été classée par l'État, un conseil régional ou la collectivité territoriale de Corse, pût inclure dans son périmètre des dépendances du domaine public de l'État et des collectivités locales. Elle a toutefois précisé que le classement ne saurait avoir pour effet de priver le propriétaire ou l'autorité affectataire du domaine de prendre les mesures nécessaires à la conservation ou à l'affectation de celui-ci. Elle a ajouté, qu'à l'inverse, les mesures prises par les autorités compétentes en matière de classement ou de gestion de la réserve naturelle ne devaient pas compromettre la protection du domaine public.

Énergie, transport, agriculture, pêche, chasse

1 – S'agissant des questions énergétiques, la Section a, notamment, examiné un projet de décret approuvant les nouveaux statuts de la Compagnie nationale du Rhône.

En vertu de l'article 1 de la loi n° 80-3 du 4 janvier 1980 relative à cette Compagnie et du II de l'article 21 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, si les nouveaux statuts en sont déterminés par décret en Conseil d'État,



les modifications à ces statuts seront ensuite adoptées par l'Assemblée générale extraordinaire de la nouvelle société.

La Section en a déduit qu'il convenait désormais d'opérer une séparation rigoureuse entre les règles purement statutaires, qui sont de la compétence exclusive de l'Assemblée générale extraordinaire à compter de la première modification des statuts, et celles qui continueront à ressortir aux prérogatives de l'État, autorité concédante, et qui relèveront ainsi du pouvoir réglementaire. N'ont pu ainsi être maintenues dans le décret les dispositions relatives aux représentants des salariés au sein du conseil de surveillance, qui sont étrangères aux prérogatives de l'autorité concédante et présentent un caractère purement statutaire.

Sur les questions de télécommunications, la Section a eu notamment à connaître d'un projet de décret relatif aux annuaires universels et aux services universels de renseignements. Pour déterminer les modalités d'application de l'article L. 33-4 du Code des postes et télécommunications qui prévoit que la fourniture des listes d'abonnés ou d'utilisateurs doit « refléter les coûts du service rendu », elle a tenu compte de l'interprétation qu'ont donné de cette exigence le Conseil de la concurrence, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, selon laquelle cet article implique la prise en compte dans la fixation du tarif des seuls coûts liés à la fourniture du service en cause et interdit la prise en compte de coûts correspondant à d'autres services ou de coûts communs à plusieurs activités de l'opérateur. La Section a, en revanche, admis que certains coûts indirects puissent être pris en compte dans les tarifs de la communication des données, comme l'amortissement de certains investissements ou la rémunération du capital investi.

2 – Dans le domaine des transports, la Section s'est notamment intéressée aux infrastructures portuaires et ferroviaires.

Dans le domaine portuaire, la Section a estimé, à l'occasion d'un projet de décret relatif aux ports d'Ajaccio et de Bastia, que l'entrée en vigueur de la disposition législative prévoyant le transfert par l'État à la collectivité territoriale de Corse des compétences relatives à ces ports était subordonnée à la passation de la convention, qui doit notamment définir, d'après la loi, les mesures nécessaires au fonctionnement des services chargés de la police des ports et de la sécurité, compétences conservées par l'État. Elle s'est refusée, en l'absence de disposition législative expresse, à fixer une date butoir pour ce transfert. Elle a néanmoins appelé l'attention du Gouvernement sur l'intérêt qui s'attache à ce que la convention prévue à l'article L. 4424-22 puisse être signée rapidement et entrer en vigueur à la date du 1^{er} janvier 2004.

En outre, le Conseil d'État a rappelé qu'aucune habilitation législative n'est nécessaire pour permettre au pouvoir réglementaire de définir lui-même les conditions d'exercice des différents services portuaires, s'agissant d'activités se déroulant sur le domaine public maritime. Les dispositions du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports qui renvoyaient à un décret en Conseil d'État le soin de fixer de telles conditions d'exercices ont, par suite, été disjointes.

Dans le secteur ferroviaire, la Section a eu à connaître d'un projet de décret relatif à l'utilisation du réseau ferré national. Elle a estimé, à cette occasion, que la transposition de la directive 2001/12/CE du 26 février 2001, modifiant



la directive 91/440/CEE et étendant le droit d'accès au réseau ferré aux entreprises ferroviaires pour y exploiter des services de transports internationaux de marchandises, n'exigeait pas la modification de la loi du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs qui, par son article 18, confère à la SNCF un monopole d'exploitation. Elle s'est référée à un avis du 14 mai 1995 de l'Assemblée générale qui avait admis que l'ouverture à la concurrence de certains transports ferroviaires internationaux n'affectait pas le monopole de la SNCF.

À l'occasion de l'examen du même projet, la Section a admis que la transposition des directives en matière de tarification soit effectuée a minima, tout en constatant que les orientations fixées apparaissaient difficilement conciliables : procurer au gestionnaire de l'infrastructure des ressources pour assurer le développement du réseau, fixer des redevances d'utilisation à des niveaux adaptés aux capacités financières des exploitants, autoriser pour des motifs divers des mesures de modulation. Elle a souligné les risques contentieux du dispositif adopté dans la mesure où le gestionnaire d'infrastructure doit pouvoir, à tout moment, justifier la légalité des redevances facturées, ce qui implique qu'il dispose d'une comptabilité analytique adéquate et que l'État arrête le barème tarifaire conformément aux règles de gestion des infrastructures et non en fonction d'impératifs budgétaires.

3 – En matière agricole, les questions abordées ont été multiples.

La Section, tout d'abord, a disjoint une disposition d'un projet de décret modifiant le décret du 31 octobre 1986 relatif aux contrats entre l'État et les établissements d'enseignement supérieur privés relevant du ministre de l'Agriculture, qui prévoyait la désignation par arrêté du ministre des présidents des jurys de fin d'études des établissements. Une telle disposition – susceptible de figurer le cas échéant dans les contrats conclus avec les établissements – lui est, en effet, apparue contraire au principe d'autonomie des établissements d'enseignement supérieur qui s'impose aussi aux établissements privés sous contrat.

Ensuite, se prononçant sur un projet de décret relatif à l'Office national interprofessionnel des céréales, la Section a relevé que le fait de confier à cet office la gestion de la prime herbagère agroenvironnementale (PHAE) qui n'a aucun lien avec les céréales méconnaissait le principe de spécialité de cet établissement public qui doit exercer ses compétences, aux termes de l'article L. 621-2 du Code rural, « sur l'ensemble du secteur agricole et alimentaire correspondant aux produits dont ils ont la responsabilité ».

Compte tenu toutefois de l'urgence à mettre en place un dispositif pour le versement d'aides aux agriculteurs victimes de la sécheresse de l'été, des capacités techniques de PONIC en matière « d'aides à la surface » et du souhait de ne pas multiplier les formulaires à remplir par les agriculteurs ayant vocation à bénéficier des aides (un seul document pour toutes les « aides à la surface »), la Section a finalement accepté le projet qui lui était soumis sous réserve que la mesure en cause ne soit pas codifiée et qu'elle ait un caractère temporaire.

La Section a, néanmoins, estimé qu'une prochaine loi agricole devrait fournir l'occasion d'une révision des dispositions relatives aux offices d'intervention afin de mieux prendre en compte le développement, à côté de la politique



d'intervention sur les marchés de produits, d'une politique « transversale » de développement rural.

Enfin, la Section a examiné divers textes de refonte du Code rural et du Code forestier.

S'agissant de la création du livre VI du Code rural, elle a appelé l'attention du Gouvernement sur le caractère insatisfaisant de la coexistence de dispositions, différentes ou similaires suivant les domaines, régissant respectivement, d'une part, les organisations professionnelles agricoles compétentes pour le lait de vache et, d'autre part, les autres organisations agricoles, y compris celles compétentes pour le lait de chèvre ou de brebis.

À l'occasion de l'examen de textes d'application de la loi d'orientation forestière, la Section a estimé qu'il n'était pas souhaitable que le Code forestier demeure le seul code de ce secteur dont les articles restent numérotés en R. * et R. Elle a incité le Gouvernement à procéder, à l'occasion de la révision de la partie réglementaire de ce code, à la modernisation de la numérotation de ses articles.



Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2002, la Section des travaux publics a tenu 79 séances.

Pendant cette période, la Section a examiné 184 textes dont 17 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	1999	2000	2001	2002	2003
Lois	6	8	7	9	12
Ordonnances	-	5	3	4	5
Lois du pays	-	-	2	-	-
Décrets article 37 et autres	100	142	127	146	119
Décrets individuels, arrêtés et décisions	69	49	65	47	44
Avis	1	2	1	5	4
Total	176	206	205	211	184

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2003

	Total des affaires examinées	moins de 15 jours	de 15 jours à 1 mois	de 1 mois à 2 mois	plus de 2 mois
Projets de lois	12	3	9	-	-
Ordonnances	5	1	2	2	-

Tableau 3
Répartition des textes examinés par ministère d'origine

Ministères d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets réglementaires		Décrets individuels, arrêtés et décisions	Avis	Total
			Article 37	Autres			
Agriculture	1	2	2	26	1	-	32
Équipement	2	-	1	34	19	4	60
Écologie	3	2	-	25	18	-	48
Industrie-Recherche	5	1	-	31	5	-	42
Tourisme	-	-	-	-	1	-	1
Ville	1	-	-	-	-	-	1
Total	12	5	3	116	44	4	184



Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

	1999	2000	2001	2002	2003
Agriculture – Forêts – Pêche	26	35	24	29	29
Autoroutes – Routes	27	23	19	18	13
Construction – Urbanisme – Aménagement	18	27	33	33	16
Défrichements	17	7	12	0	0
Eaux	5	1	3	2	5
Énergie (électr., hydro., therm., nuclé.)	4	12	10	10	16
Écologie	14	20	21	20	27
Hydrocarbures	4	3	1	6	5
Industrie – Recherche – Entreprises	10	2	6	6	8
Mer	0	0	0	1	1
Mines – Carrières	5	6	2	1	3
Parcs-Réserves	0	3	1	2	1
Planification – Administration	3	2	2	16	2
PTT	3	4	5	4	7
Rivières – Canaux	0	1	1	2	0
Sites	6	9	14	13	18
Taxes parafiscales	2	22	7	5	1
Transports terrestres	15	16	31	21	22
Transports maritimes & fluviaux	11	3	6	10	6
Transports aériens	3	4	5	6	3
Tourisme	3	6	2	6	1
Total	176	206	205	211	184



Saisie cette année encore, d'un nombre important de textes, la Section sociale a vu cette activité soutenue marquée notamment par l'examen de trois projets de loi, qui chacun dans son domaine propre, ont procédé à des réformes de grande ampleur, portant sur des domaines majeurs de l'action sociale. Le projet de loi relatif à la politique de santé publique répond à l'ambition de fixer un cadre de programmation pluriannuelle des actions publiques en matière de santé. Le projet de loi sur la réforme des retraites, examiné par la Section sociale, à l'exception du titre III relatif aux pensions civiles et militaires, aborde, dans la perspective d'un équilibre général, l'ensemble des questions relatives à l'âge de la cessation d'activité, à la durée d'assurance et aux modes de revalorisation des pensions. Enfin, le projet de loi relatif à la formation tout au long de la vie et au dialogue social transcrit sous forme législative les règles de base du régime de formation professionnelle arrêtées dans le cadre de l'accord de septembre 2003 des partenaires sociaux, trace un nouveau cadre juridique pour la négociation collective et enrichit la gamme des mesures d'aide à l'emploi.

Pour importants qu'ils soient, ces projets n'épuisent pas l'activité législative de la Section au cours de la période de référence de ce rapport, qui est l'une des plus importantes depuis 10 ans. Outre le traditionnel projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2004, la Section a eu à connaître de plusieurs autres projets de lois, notamment le projet de loi portant décentralisation du revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, le projet de loi relatif à l'accueil et à la protection de l'enfance. Elle a, en outre, examiné les dispositions sociales du projet de loi programme pour l'outre-mer, et dans le cadre de « Commissions spéciales », celles du projet de loi portant habilitation du gouvernement à prendre par ordonnances des mesures de simplification et de codification du droit et le projet de loi relatif à la décentralisation. La Section a en outre été saisie de cinq projets d'ordonnances, dont deux liés à la politique de simplification, le projet d'ordonnance relatif à l'organisation administrative et au fonctionnement du système de santé et le projet d'ordonnance relatif aux mesures de simplification administrative des emplois du spectacle ainsi que des entreprises, des travailleurs indépendants et des particuliers employeurs. Les deux autres projets d'ordonnance concernent l'outre-mer : Il s'agit, d'une part, du projet d'ordonnance pris en application de l'article 125 de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, qui a pour objet de transposer à l'outre-mer les dispositions de ce dernier texte, d'autre part d'un projet d'ordonnance relatif au libre choix de l'allocataire des prestations familiales dans les départements d'outre-mer. La Section n'a été saisie, en 2003, que d'un seul projet de loi du pays.



La Section a également examiné 114 projets de texte réglementaire, avec une prédominance de projets concernant au sens large le domaine de la santé publique, et 140 projets de décrets relatifs à des oppositions d'acquisition de la nationalité par mariage ou à des retraits pour indignité de ces nationalités, en application des articles 21-4 et 27-2 du Code civil.

Questions de portée générale

Par-delà les données propres à l'examen de chacun de ces textes, quelques observations plus générales méritent d'être présentées. Elles tiennent cette année aux conditions d'examen des textes par le Conseil d'État, au régime des consultations, et à certains principes en matière de codification.

S'agissant tout d'abord des conditions d'examen des textes par le Conseil d'État, trop d'avis ont dû être rendus dans des délais très brefs, impliquant des efforts considérables. L'attention du gouvernement doit en particulier être attirée sur l'incertitude engendrée par la pratique des saisines additionnelles de dernière heure dont il est parfois difficile de saisir la portée et dont il n'est pas possible au rapporteur de débattre avec les commissaires du gouvernement préalablement aux séances. Une pareille circonstance a ainsi entraîné le report de l'examen par l'Assemblée générale d'une partie du projet de loi relatif à la formation tout au long de la vie et au dialogue social. Sans ignorer les difficultés de la coordination interministérielle à la concertation sur certains projets, il n'en faut pas moins rappeler que l'examen dans l'urgence ne présente pas les meilleures garanties, pour l'exercice de la fonction consultative du Conseil d'État. À cela s'ajoute le fait que certains des projets de décrets examinés dans l'urgence n'ont, par la suite, été signés et publiés qu'après un long délai. C'est le cas des projets de décrets pris en application de la loi du 2 janvier 2002 relative à la rénovation des institutions sociales et médico-sociales qui, examinés par la Section dans ses séances des 15 et 22 juillet et 26 août 2003, n'ont en définitive été publiés qu'au journal officiel du 22 octobre, 14 et 26 novembre 2003. Ce retard est d'autant plus regrettable que l'un de ces textes, le projet de décret relatif à la gestion comptable budgétaire et financière des établissements et des services médico-sociaux, était indispensable à la préparation du budget de ces établissements pour 2004. Il est en outre potentiellement source d'erreurs dans la mesure où d'autres textes se réfèrent à ces projets.

S'agissant des consultations obligatoires, la Section a eu à prendre position sur les modalités de consultation de la Commission des communautés européennes et à confirmer des règles antérieures mais parfois appliquées de façon trop imprécise pour la consultation de certaines instances nationales⁹.

9 - Voir, également, sur la question des consultations obligatoires, les rapports de la Section de l'intérieur, de la Section des finances et de la Section des travaux publics.



Le Conseil d'État a ainsi disjoint l'ensemble des dispositions du projet de loi programme pour l'outre-mer instituant ou modifiant des aides d'État.

La Section a, en revanche, admis, à l'occasion de l'examen du projet de décret relatif au fonctionnement du Fonds national de solidarité et d'actions mutualistes, que les aides susceptibles d'être versées par cet organisme échappaient à l'obligation de notification, sur le fondement du règlement CE n° 69/201 de la Commission en date du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides « de minimis ». Il en est de même pour les aides aux jeunes entreprises innovantes examinées dans le cadre du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2004.

En ce qui concerne les organismes nationaux, il y a lieu de relever que la consultation de certains organismes est parfois pratiquée de façon superfétatoire, mais aussi souvent omise alors qu'elle est obligatoire. L'administration devrait donc faire preuve de plus de rigueur dans l'interprétation de l'article L. 200-3 du Code de la sécurité sociale, selon lequel les conseils d'administration des caisses doivent être obligatoirement saisis pour tout projet de loi ou de règlement « ayant des incidences sur l'équilibre financier de la branche ou entrant dans leur domaine de compétence ». La Section a considéré qu'il n'y avait pas lieu de viser cette consultation même si, en l'espèce, elle avait été effectuée, pour le projet de décret relatif au contentieux technique de la sécurité sociale, qui est par lui-même sans incidence financière sur les régimes. Elle a en revanche subordonné son avis favorable au projet de décret fixant la composition et les modalités de fonctionnement des Comités régionaux de l'organisation sociale et médico-sociale à la saisine, sur le fondement de l'article L. 232-1 Code de justice administrative du Conseil supérieur des tribunaux administratifs (CSTA), dès lors que ces comités font appel pour leur présidence à des membres de la juridiction administrative : la circonstance que le principe de cette collaboration était prévu par les dispositions d'une précédente loi, qui avaient été soumises pour avis au CSTA, n'exonérait pas l'administration de procéder à la consultation de cette instance sur les décrets d'application, qui prévoyaient en particulier le régime de fonctionnement et donc le niveau d'activité des comités régionaux. Il convient enfin de signaler qu'à l'occasion de l'examen de trois projets de décrets sur le temps de travail et l'organisation du temps de travail dans les établissements publics de santé, la Section a admis que ne lui soit présentée, à défaut du texte de l'avis du Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière, lequel n'est réputé exister qu'après son approbation par une séance ultérieure de cette formation, qu'une simple attestation de l'administration précisant le sens et le contenu de l'avis.

S'agissant enfin des questions liées à l'examen des projets de codes transmis par le gouvernement à l'issue des travaux menés par la Commission supérieure de codification, la Section a adopté en 2003 le projet de décret relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du Code de la santé publique. Fort de plus de 6 000 articles, cet ensemble permet un meilleur accès et une meilleure intelligibilité de dispositions jusqu'alors pour parties seulement codifiées et pour une autre partie relevant de textes réglementaires distincts. La principale difficulté rencontrée tenait, compte tenu de la durée inhérente au processus de codification et à l'instabilité des textes, à l'intervention d'un grand nombre de dispositions législatives nouvelles dont les modalités d'application n'avaient pas été prises.



Cette situation est, du point de vue de la codification à droit constant, source de difficultés, dès lors qu'elle ne permet pas d'exposer en toute sécurité le droit positif. En effet, si certaines dispositions, codifiées en partie législative, nécessitent des règlements d'application, et que ceux-ci ne sont pas encore intervenus, ce sont les anciennes normes législatives et réglementaires qui continuent à s'appliquer. Si la loi est, en revanche, immédiatement applicable, elle est entrée en vigueur sans qu'il soit besoin de prévoir des mesures réglementaires d'application. De ce fait, les normes réglementaires qui pourraient lui être contraires deviennent illégales et il convient donc de les abroger. Encore faut-il que la contradiction entre la nouvelle norme législative immédiatement applicable et l'ancienne norme réglementaire soit patente et que par ailleurs le décret ainsi « amputé » demeure lisible et applicable dans les faits.

Dans une telle hypothèse, trois solutions peuvent être retenues théoriquement pour la codification de la partie réglementaire : soit abroger le texte réglementaire qui n'est plus conforme, soit ne pas codifier ces dispositions tout en ne les abrogeant pas dans la mesure où elles restent en vigueur, soit les codifier, mais en indiquant à l'utilisateur du code que ces dispositions ont été prises sur le fondement de l'ancienne partie législative du code et restent en vigueur jusqu'à l'intervention de nouveaux décrets d'application. Sans adopter une position uniforme sur des situations juridiques qui, par nature, restent hétérogènes, la Section a estimé souhaitable de ne recourir qu'à titre tout à fait exceptionnel à la solution qui conduit à ne pas codifier un texte, tout en ne l'abrogeant pas (solution dite du « ni-ni »), dans la mesure où la codification lui est apparue comme ne remplissant pas, dans ce cas de figure, les objectifs de sécurité juridique, de lisibilité et d'accessibilité à la norme que le Conseil constitutionnel lui a assignée.

A donc été privilégiée soit la codification des dispositions actuellement en vigueur assorties d'un avertissement au lecteur sur leur caractère provisoire dans l'attente de nouvelles dispositions réglementaires, soit l'abrogation pure et simple, dès lors que les dispositions réglementaires étaient obsolètes ou manifestement contraires à la loi. Lorsque la contradiction ne portait que sur une partie d'un article, la solution retenue a été de codifier ces dispositions, en les assortissant d'une réserve se référant à l'intervention de nouvelles dispositions législatives d'application directe en la matière. Enfin, lorsque les dispositions législatives nouvelles ne recouvrent pas le même champ que les dispositions anciennes, dont tout ou partie des règlements d'application déjà intervenus peut ainsi perdurer, un article nouveau reprenant ces dispositions a été introduit dans le décret de codification, ce qui permet ensuite l'abrogation de l'ensemble de la réglementation ancienne.

Une autre difficulté de principe – articulation entre de nouvelles dispositions législatives n'ayant pas encore été suivies de décrets d'application, et les textes réglementaires pris pour l'application des anciennes dispositions législatives – est apparue lors de l'exercice de codification de la partie réglementaire du Code de l'action sociale et des familles. Vu le nombre important de dispositions réglementaires en contradiction partielle avec les dispositions législatives nouvelles, la Section a interrompu l'exercice de codification et demandé au gouvernement d'accélérer la « production des nouveaux textes réglementaires. »



Ces principes ont été définis par la Section dans la perspective de leur application aux parties réglementaires IV et V du Code de la santé, à la partie réglementaire du Code de l'action sociale et des familles et du livre V du Code rural dont elle sera prochainement saisie par la Commission supérieure de codification.

Principaux textes examinés

Sécurité sociale

Ainsi qu'il a été dit, une partie importante de l'activité législative de la Section, a en 2003 porté sur les questions de sécurité sociale. Du projet de loi sur la réforme des retraites on retiendra que le Conseil d'État a notamment admis que si des particularités existent entre les différents régimes, régime général, régime alignés, régime des professions libérales et régime des fonctionnaires, particularités tenant tant au niveau des prestations qu'à l'effort contributif et à l'organisation des régimes eux mêmes, ces différences, résultant de l'histoire de ces régimes comme des particularités de chaque catégorie de professions, n'étaient pas susceptibles de porter atteinte au principe d'égalité. Il a estimé que compte tenu de l'objectif poursuivi d'équilibre des régimes de retraite qui s'inscrit dans la recherche plus générale de l'équilibre financier des régimes de sécurité sociale, objectif que le Conseil constitutionnel a qualifié d'objectif à valeur constitutionnelle, les dispositions envisagées ne portaient pas « une atteinte illégitime aux droits constitués ». Il a enfin admis que la nouvelle caisse de retraite complémentaire pour les professions industrielles et commerciales ne constituait pas une entreprise au sens des dispositions du traité de Rome et qu'en conséquence la loi pouvait instaurer un monopole à son profit. La Section s'est également interrogée sur le champ respectif du projet de loi et de la loi de financement de la sécurité sociale s'agissant de la création d'une nouvelle contribution sociale. Elle a estimé que ce type de disposition ne relevait pas nécessairement de la loi de financement et pouvait être prévue par une autre loi.

La Section a par ailleurs procédé, dans le délai très bref qui lui est habituellement imparti, à l'examen du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2004. Ce huitième projet, s'il n'a suscité quant au fond de ses dispositions qu'un nombre limité d'observations, n'en appelle pas moins une observation de principe sur son contenu. Il comporte en effet une réforme en profondeur du mode de financement des structures hospitalières, en substituant aux dispositifs actuels de la dotation globale pour les établissements publics de santé et de la rémunération des prestations à la journée pour les cliniques privées sous objectif quantifié national, une rémunération des prestations réellement exécutées, dite « tarification à l'activité » (T2A) dans les secteurs de la médecine, de la chirurgie, de l'obstétrique et de l'odontologie. Le Conseil d'État a tenu à attirer l'attention du gouvernement sur le fait que le projet de loi de financement de la sécurité sociale n'est pas, en raison des contraintes de temps et de procédure dans lesquelles est enfermé son examen par le Parlement, adapté à la mise en œuvre d'une réforme de fond et de



grande ampleur, comme celle qui touche aux modalités de financement des établissements de santé. À un degré moindre, une observation comparable pourrait être faite pour la création par une loi de financement de la sécurité sociale de la prestation d'accueil du jeune enfant (PAJE). Il a noté qu'en outre, cette réforme pourrait comporter des conséquences sur les règles du contentieux de la tarification sanitaire et sociale, impliquant le réexamen des dispositions du titre V du livre troisième du Code de l'action sociale et des familles.

On notera par ailleurs que la Section a été saisie, une nouvelle fois, d'un projet de décret portant relèvement du plafond des avances de trésorerie du régime général de sécurité sociale. Elle a estimé que compte tenu des informations qui lui étaient fournies, la condition d'urgence prévue par le Code de la sécurité sociale pour habiliter le gouvernement à agir par la voie réglementaire était remplie en l'espèce. Conformément à la disposition précitée, cette autorisation, portant sur un relèvement très sensible de ce plafond, a fait l'objet d'une validation dans le projet de loi de financement pour 2004.

S'inscrivant dans la ligne des mesures tendant à assurer une meilleure maîtrise des dépenses de santé, un projet de décret relatif à la participation de l'assuré aux frais de soins a modifié les règles applicables en la matière. Les règles d'exonération du ticket modérateur ont été clarifiées, dans un sens restrictif, par ce projet qui trouve son fondement légal dans les dispositions combinées des articles L. 322-3 et R. 322-8 du Code de la sécurité sociale. La Section sociale a cru nécessaire de modifier le projet qui lui était soumis en vue d'y faire figurer des éléments qu'elle a considérés comme essentiels pour la mise en œuvre et l'application de ce texte (valeur du coefficient de l'acte déterminant le seuil d'exonération, cas de cumul possible des coefficients) et dont le gouvernement n'avait prévu l'insertion que dans l'arrêté d'application, prenant ainsi le risque d'une subdélégation illégale.

Travail, emploi, formation professionnelle

Dans cette matière le fait dominant a été l'examen du projet de loi relatif à la formation tout au long de la vie et au dialogue social, consacré aux trois thèmes de la formation professionnelle, de la négociation collective et de la gestion du marché du travail. Le premier volet de ce projet, avait pour objet de transcrire dans la loi les dispositions principales de l'accord national interprofessionnel sur « l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie » conclu par les partenaires sociaux le 20 septembre 2003, et qui renouvelle largement les règles de droit actuellement en vigueur. Le Conseil d'État a, à cette occasion, pris acte d'un changement de vocabulaire (remplacement du terme d'« éducation permanente » des textes fondateurs de 1971 par « la formation professionnelle tout au long de la vie » d'origine communautaire). Il s'est en outre efforcé de résoudre la difficulté de l'exercice consistant à reproduire en des termes juridiquement précis et normatifs les formulations de compromis contenues dans les accords dont le gouvernement entendait respecter les termes dans toute la mesure du possible. Enfin, le Conseil d'État a relevé que les innovations souvent intéressantes, mais nombreuses et très techniques, introduites dans le livre IX du Code du travail, déjà complexe et maintes fois remanié, rendaient nécessaire une remise en ordre et une clarification de l'ensemble de ses dispositions. De ce point de vue, l'objectif de



simplification du droit affirmé par le Gouvernement n'a guère paru pris en compte dans ce texte.

Dans son titre II le projet traite du dialogue social, en mettant en œuvre la modernisation des règles de la négociation collective. Il s'inspire, en partie, des dispositions retenues dans le document du 16 juillet 2001 des partenaires sociaux intitulé « proposition commune sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective ». Sur cette base, le projet modifie en profondeur les règles traditionnelles de conventions collectives héritées des législations de 1936 et 1950, sur deux points essentiels : d'une part, il ouvre la possibilité que soit mise en place, par un accord de branche étendu, une règle faisant dépendre la validité d'un accord ou d'une convention de branche de la signature d'une majorité d'organisations syndicales ou de la signature de syndicats représentant la majorité de salariés ; d'autre part, il limite le champ d'application du principe de faveur en permettant, sauf dans trois domaines limitativement énumérés par la loi (salaires minimaux conventionnels, qualifications et protection complémentaire), aux accords et conventions de déroger aux textes d'un niveau supérieur lorsque ceux-ci ne l'interdisent pas.

Le Conseil d'État, sur le premier point, s'est interrogé sur la régularité au regard de la Constitution d'une disposition du projet qui renvoyait très largement aux partenaires sociaux eux-mêmes le soin de définir le principe de majorité, son contenu et ses modalités. S'appuyant sur des décisions de 1989 et 1996 du Conseil constitutionnel confirmant que la loi peut confier à l'accord la tâche de préciser les « modalités concrètes » des « normes » qu'elle édicte, le Conseil d'État s'est efforcé d'encadrer le renvoi à la négociation prévu par le Gouvernement. Sur le second point, le Conseil d'État a rappelé que la loi avait déjà autorisé que certaines dérogations à des règles législatives puissent intervenir par accord (en matière de durée du travail par exemple). Il considère que, dès lors que le principe de faveur n'a pas valeur constitutionnelle et qu'aucune disposition d'ordre public n'est mise en cause, il est juridiquement loisible au législateur de prévoir qu'une convention ou un accord puisse comporter des clauses moins favorables aux salariés que celles d'un accord ou d'une convention d'un niveau supérieur.

Ont été examinés différents textes achevant la transposition des directives en matière de sécurité du travail, notamment le projet de décret établissant les règles générales de prévention du risque chimique ainsi qu'un projet relatif à la protection des travailleurs contre les rayonnements ionisants. À l'occasion de l'examen de ces deux textes, qui introduisent tous deux dans le Code du travail des valeurs limites d'exposition personnelle des salariés dont la méconnaissance est constitutive d'infraction pénale, la Section sociale a été amenée à s'interroger sur les voies de la conciliation entre, d'une part, la confidentialité des résultats médicaux auxquels il doit être procédé pour vérifier l'absence de dépassement de ces limites et, d'autre part, la nécessité, pour des raisons tirées de la protection de la santé des salariés exposés, de prévenir, par des mesures appropriées relevant de la responsabilité de l'employeur le franchissement de ces mêmes limites. La Section sociale a, en accord avec le Gouvernement, retenu, pour parvenir à cette conciliation, un dispositif d'alerte faisant intervenir le médecin du travail, lequel, au titre de ses attributions, peut proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de poste.



Santé

Le domaine de la santé est sans doute de ceux qui connaissent depuis plusieurs années les évolutions juridiques les plus importantes et les plus fréquentes. Le projet de loi relatif à la politique de santé publique engage à cet égard une nouvelle étape. Des très nombreuses observations faites par le Conseil d'État sur les dispositions souvent très délicates de ce projet, on retiendra en particulier qu'en raison de l'atteinte qu'elles portent nécessairement à l'intégrité de la personne, seul le législateur peut conférer un caractère obligatoire à certaines vaccinations.

À ce projet était annexé un rapport « d'objectifs de santé publique », regroupant, par thèmes, cent mesures destinées, dans l'esprit du gouvernement, à être approuvées, dans leur principe, par le Parlement. Leur objet était de définir le cadre de référence, les principes généraux, les principales méthodes d'action et les grands objectifs de santé, dont certains étaient quantifiés, pour les années 2004 à 2008. Sans nier la valeur d'engagement politique que constituait un tel rapport annexé à la loi, mais réaffirmant une position de principe déjà prise à l'occasion de projets dont il avait également été antérieurement saisi en juillet 2002 dans des secteurs différents¹⁰ et conformément à la position qu'il a adoptée en Assemblée du contentieux¹¹, qui est également celle du Conseil constitutionnel¹², le Conseil d'État a considéré qu'un tel rapport ne saurait se voir conférer la valeur qui s'attache aux seules dispositions de la loi elle-même. En conséquence, il a refusé d'examiner cette annexe compte tenu de son absence de caractère normatif : il a estimé que les lignes directrices et les dispositions qu'il contenait, pour importantes qu'elles soient, ne pouvaient se substituer aux mesures qui pourraient être ultérieurement prises et dont certaines seulement présentaient un caractère législatif.

Saisi, dans le cadre du projet d'ordonnance portant simplification de l'organisation administrative et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux et médico-sociaux soumis à autorisation, qui comportait une proposition d'expérimentation portant sur la facturation des actes et les modalités d'exercice des médecins et de certaines catégories du personnel dans certains groupements de coopération sanitaire, le Conseil d'État a estimé qu'une telle expérimentation excédait l'habilitation donnée au gouvernement par la loi du 2 juillet 2003, en tant qu'elle portait sur les modalités d'exercice de leurs fonctions par les personnels des établissements de santé et sur leurs rémunérations, et pouvait de ce fait affecter les droits qu'ils tiennent de leur statut, Elle a par ailleurs donné un avis favorable aux nombreuses dispositions de ce texte qui redéfinissent les modalités de la planification sanitaire et qui simplifient le régime de création des établissements.

10 - Projets de loi d'orientation et de programmation relatifs à la sécurité intérieure ou à la justice.

11 - CE, Ass., 5 mars 1999 *Rouquette et autres* ; *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*, rec. p. 37-41.

12 - Voir décisions DC 2002-460 et 2002-461 des 22 et 29 août 2002.



Les modalités de l'exercice libéral de la médecine ont fait l'objet de plusieurs textes importants qu'il convient de mentionner ici. Il s'agit tout d'abord du projet de décret relatif aux modalités d'organisation de la permanence des soins et aux conditions de participation des médecins à cette permanence. Pris sur habilitation du nouvel article L. 6325-1 du Code de la santé publique, issu de la LFSS pour 2003 qui donne un fondement légal à la compétence du pouvoir réglementaire pour organiser un système de garde et pour préciser les conditions de participation des médecins à cette permanence des soins, ce texte, jusqu'ici prévu sur le seul fondement du Code de déontologie médicale, consolide le statut juridique de ces permanences. La Section sociale a bien entendu donné un avis favorable à ce texte, mais elle en a étendu le champ d'application à l'ensemble des membres du corps médical. Il lui est apparu en effet qu'il n'était pas juridiquement possible de limiter une telle obligation aux seuls médecins généralistes. Dans le même esprit, a été présenté un projet relatif à l'organisation de la garde départementale assurant la permanence du transport sanitaire, prévoyant d'assurer, par la création d'un groupement d'intérêt public, la mise en commun et la coordination des moyens locaux. Enfin le domaine de la formation des médecins a fait l'objet d'un important projet de décret relatif aux conseils nationaux et au comité de coordination de la formation médicale continue. À cette occasion, la Section a précisé que si, faute d'habilitation législative, le décret ne pouvait remettre aux conseils nationaux le soin de définir les modalités de validation par les médecins de l'obligation de formation médicale continue et des critères de prise en compte des formations, la loi n'offrait pas non plus de base légale au pouvoir d'approbation par le ministre des orientations fixées par les conseils nationaux.

Au cours de l'année 2003, particulièrement marquée par le souci de prévenir davantage la survenance d'incidents pouvant affecter la santé publique, la Section sociale a eu à connaître de textes relativement complexes destinés à améliorer ou à renforcer les systèmes de vigilance sanitaire. C'est ainsi que pour la pharmacovigilance, instituée depuis plus de vingt-cinq ans, deux projets de décrets ont été examinés : l'un relatif à l'utilisation des médicaments et produits à usage humain, l'autre relatif à la pharmacovigilance vétérinaire. Complétant des dispositifs existants, ils ont procédé à la transposition de dispositions incluses soit dans le Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, soit dans le Code communautaire relatif aux médicaments vétérinaires. De même, la Section sociale a eu à connaître d'un projet de décret organisant la biovigilance, par la mise en place d'un système nouveau d'observation, d'alerte et d'information destiné à éviter les effets inattendus ou indésirables dus à l'utilisation des produits à usage thérapeutique, quels qu'ils soient. Ces textes ont pour objet de permettre une alerte plus rapide et plus complète, au cas où surviendrait un incident ou une anomalie susceptible d'avoir des conséquences dommageables en matière de santé. Il faut noter que la multiplication et la complexité de ces systèmes, destinés à traquer tout risque dans le domaine sanitaire, impliquent de plus en plus les professionnels et les établissements de santé au cœur des dispositifs de vigilance. Cela fait apparaître la nécessité de se préoccuper de la coordination de tous les dispositifs de vigilance entre eux : l'objectif de santé publique sera plus aisément atteint si l'on veille à une meilleure lisibilité de l'organisation d'ensemble, et, de ce fait, mieux compris par les acteurs du système de santé qui s'interrogent, parfois avec inquiétude, sur le bien-fondé de cette accumulation de précautions.



Si, au cours de cette année, la Section n'a pas été saisie de modifications statutaires significatives du régime des praticiens hospitaliers, deux projets de décret sont venus modifier l'un le régime de réduction du temps de travail, l'autre le compte épargne temps des personnels médicaux, pharmaceutiques et odontologiques des établissements publics de santé. S'agissant de l'organisation des études médicales, celles-ci font l'objet d'un projet de décret relatif à l'organisation du troisième cycle des études médicales : ce projet, pris sur le fondement des articles 60, 61 et 62 de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, modifie le régime des études médicales dans le troisième cycle qui commence en début de septième année et qui est d'une durée variable : trois ans pour les généralistes, quatre ans pour la plupart des spécialités, cinq ans pour quelques-unes d'entre elles. Le législateur a notamment entendu donner toute la place qui lui revient à la médecine générale : le « résidanat », propre aux médecins généralistes, disparaît et aux termes d'épreuves nationales classantes, tous les candidats – français ayant validé le deuxième cycle des études médicales, ou étrangers titulaires d'un titre équivalent – pourront accéder à un poste d'interne et entreprendre un troisième cycle.

Compte tenu du nombre d'étudiants en cause et de la longueur du cycle universitaire, cette nouvelle réforme nécessite, bien entendu, des dispositions transitoires appelées à s'appliquer sur une longue période. La complexité de ces dispositions exige de la part des administrations intéressées un effort particulier de clarification des situations et d'information des étudiants intéressés. Le Conseil d'État a cru devoir attirer spécialement l'attention de l'administration sur ce point compte tenu des risques de litiges qu'une telle réforme peut engendrer.

Quant au domaine de la fonction publique hospitalière, la Section a examiné plusieurs projets relatifs au régime des commissions administratives paritaires et aux comités techniques paritaires tant de l'ensemble des établissements publics de santé que de ceux relevant de l'APHP. Saisie d'un projet de décret relatif aux médecins hospitaliers contractuels, qui occupent une partie très importante des emplois de médecins hospitaliers, la Section a pris acte des importantes mesures arrêtées pour revaloriser leur situation tant en ce qui concerne le déroulement de leur carrière que les droits attachés à leur situation (moindre précarité des contrats, droit à formation...). Relevant non du statut de la fonction publique mais uniquement du Code de la santé publique (article L. 6152-1), la réglementation concernant les médecins contractuels est élaborée par le ministre chargé de la Santé. Il n'en apparaît pas moins souhaitable que des échanges réguliers aient lieu entre les départements ministériels concernés afin de s'assurer que les disparités constatées par rapport aux autres personnels contractuels résultent uniquement de l'intérêt du service et ne soient pas le fait d'une insuffisante harmonisation. Au-delà de ce constat, la Section a pu remarquer à l'occasion de l'examen de plusieurs questions (congrés payés, renouvellement de contrats...), que la situation juridique des contractuels de droit public n'était pas toujours très bien établie. Il serait souhaitable que le ministre chargé de la Fonction publique entreprenne une étude transversale des textes et de la jurisprudence et mène une réflexion sur l'adaptation de ces textes à une bonne gestion des personnels. La situation des contractuels de droit public est loin d'être marginale à l'hôpital et de plus en plus souvent retenue pour les personnels des établissements publics (dans le domaine de la santé par exemple où tous les personnels des agences sont contractuels, mais aussi dans d'autres domaines).



Action sociale

La Section a tout d'abord été saisie d'un projet de loi portant décentralisation du revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, dont le premier objet est de décentraliser, au 1^{er} janvier 2004, la gestion du revenu minimum d'insertion, jusqu'à présent partagée entre l'État, au titre de l'allocation, et les départements, au titre de l'insertion. Le projet crée par ailleurs un revenu minimum d'activité. Dans le même esprit, plusieurs dispositions du projet de loi relatif à la décentralisation assignent au département de nouvelles compétences en matière d'aide sociale. Le même texte prévoit par ailleurs le transfert aux régions de l'ensemble du dispositif en matière de formation des travailleurs sociaux.

L'activité réglementaire dans le domaine de l'action sociale a été marquée par l'intervention de neuf décrets d'application de la loi du 2 janvier 2002 relative à la rénovation des institutions sociales et médico-sociales. La soumission au Conseil d'État de ces projets a justifié *a posteriori* l'interruption de l'exercice de codification réglementaire du Code de l'action sociale et des familles. Les projets relatifs au contenu du livret d'accueil, au contrat de séjour ou au document individuel de prise en charge, à la personne qualifiée, ainsi que le projet relatif au Conseil de la vie sociale et aux formes de participation ont amené la Section à proposer la réécriture de nombreuses dispositions relatives aux droits de la personne accueillie en établissement. À l'occasion de l'examen du projet relatif à la gestion comptable, budgétaire et financière des établissements et services sociaux et médico-sociaux qui prévoit la refonte complète des règles budgétaires applicables à ces établissements, l'attention du gouvernement a été attirée sur la nécessité de régler de manière complète les questions liées aux modalités de calcul des prix de journée applicables aux établissements pour enfants handicapés qui continuent à prendre en charge, à titre provisoire, de jeunes adultes handicapés.

L'allocation pour l'autonomie a fait l'objet de deux projets de décrets d'application pris à la suite de la loi du 31 mars 2003 portant réforme de cette allocation. Leur objet est essentiellement d'assurer le financement de cette prestation en 2003, en permettant au fonds de financement de l'APA de lancer un emprunt à la charge de l'État, d'un montant équivalent (400M€), d'une part, à la contribution supplémentaire demandée aux départements et, d'autre part, aux économies réalisées auprès des bénéficiaires. Un autre décret devra déterminer les critères de répartition, entre les départements, du concours que le fonds leur allouera à partir de 2004.

Outre-mer

L'Outre-mer est un des champs préférentiels d'application de la procédure des ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ¹³, a, dans son article 125, autorisé le gouvernement à prendre par ordon-

13 - Qui, en son article 92, avait ratifié l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 portant Code de la santé publique.



nances pour Mayotte, les îles Wallis et Futuna, les Terres australes et antarctiques et, en tant qu'elles concernent les compétences de l'État, la Polynésie et la Nouvelle-Calédonie, les mesures législatives nécessaires :

- à l'extension et à l'adaptation des dispositions de la loi ;
- à l'actualisation des dispositions du Code de la santé publique intéressant les ordres des professions médicales et pharmaceutiques ;
- à la création des Sections des assurances sociales des chambres de discipline de ces ordres.

Saisie à cette fin d'un projet d'ordonnance, la Section sociale a d'abord veillé au strict respect des exigences des consultations préalables, incluant en l'espèce notamment celle du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, en raison de la désignation à la présidence des juridictions disciplinaires de première instance et des Sections des assurances sociales par un membre du corps. Elle s'est également assurée du respect des limites de l'habilitation ainsi que, compte tenu des lois organiques qui régissent ces territoires, des compétences de l'État, d'une part, dans toutes les matières touchant au droit civil, à l'état des personnes et à l'organisation judiciaire et de celles, d'autre part, des territoires dans le domaine de la santé.

Toutes les dispositions de la loi du 4 mars 2002 ne pouvaient, en tout état de cause, être étendues. Cette limitation se justifiait soit pour des raisons d'opportunité et de réalisme – considérations que la lettre de l'article 125 de la loi du 4 mars 2002 permettait de prendre en compte, car toute habilitation est une autorisation, et non une obligation, de faire – soit pour des raisons de droit. C'est ainsi qu'en vertu des lois organiques des 12 avril 1996 pour la Polynésie et 19 mars 1999 pour la Nouvelle-Calédonie, l'État ne saurait intervenir dans les nombreuses matières qui relèvent des compétences des assemblées locales ou de leurs exécutifs, notamment pour l'organisation des établissements et services de santé ou la formation continue des praticiens. Il n'était pas davantage possible d'étendre outre-mer des dispositions modifiant des articles du Code de la santé publique ou de la sécurité sociale qui, depuis l'origine, n'y étaient pas applicables (dispositions relatives aux pharmacies à usage intérieur par exemple). L'ordonnance publiée (ordonnance n° 2003-166 du 27 février 2003) a été ratifiée, dans les délais, par les dispositions de l'article 65 (VIII) de la loi de programme pour l'outre-mer n° 2003-660 du 21 juillet 2003.

À l'occasion de l'examen de projets de lois et de décrets relatifs au droit du travail applicable à Mayotte, la Section sociale a noté la difficulté qu'il y avait à apprécier les conditions d'insertion des dispositions nouvelles dans le Code du travail applicable à Mayotte. En effet, pour retrouver le contenu de ce code, il faut se reporter pour la partie législative, à l'ordonnance du 25 février 1991 relative au Code du travail applicable dans la collectivité territoriale de Mayotte, ratifiée par la loi du 28 décembre 1991 et modifiée depuis, pour la partie relevant des décrets en Conseil d'État, au décret du 16 décembre 1991 relatif au Code du travail applicable dans la collectivité territoriale de Mayotte, complété depuis par les décrets du 6 avril 1995 et 27 mai 1997, et enfin, pour les décrets simples, au décret du 9 mars 1992 relatif au Code du travail applicable dans la collectivité territoriale de Mayotte.

Il existe bien un document de travail, élaboré par l'administration, qui regroupe ces blocs successifs, augmentés de dispositions non codifiées applicables à Mayotte, et d'arrêtés préfectoraux intervenus sur divers fondements ;



cependant, il manque un recueil unique lisible et complet, qui puisse être qualifié de « Code du travail applicable à Mayotte », comme le Code du travail applicable aux départements de la métropole et de l'outre-mer et à St.-Pierre-et-Miquelon. Or, en raison de l'intervention récente du législateur dans le droit du travail à Mayotte, de nombreuses et volumineuses dispositions d'application réglementaires ont été examinées par la Section sociale. D'autres sont en cours d'étude. Il serait bon, dès lors, que soit prise l'initiative, pour le droit du travail applicable à Mayotte, et peut être pour d'autres codes qui y sont applicables, d'élaborer un ouvrage dans lequel se trouveraient ordonnés et présentés, à l'instar de ce qui existe pour le droit applicable en métropole, tous les textes codifiés que les usagers et les praticiens pourraient consulter de façon plus accessible et dont les modifications seraient plus aisément compréhensibles lorsqu'elles viennent à être proposées.



Statistiques

En 2003, la Section sociale a tenu 66 séances ; au cours de l'année, la Section a examiné 274 textes dont 16 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1

Répartition par nature des textes examinés

	1999	2000	2001	2002	2003
Lois et ordonnances	7 (a)	17	22	7 (b)	16 (c)
Lois du pays	-	2	5	2	1
Décrets article 37 et autres	148	99	121	145	114
Décrets individuels, arrêtés et décisions	148	148	139	161	142
Avis	3	2	-	1	1
Total	306	268	287	316	274

(a) Compte non tenu d'un projet de loi examiné en liaison avec une autre section et de l'examen de deux livres du projet de Code de la santé publique.

(b) Compte non tenu de quatre projets de loi examinés avec d'autres sections.

(c) Dont quatre examinés en liaison avec d'autres sections.

Tableau 2

Délais d'examen des textes législatifs en 2003

Total des affaires examinées	moins de 15 jours	de 15 jour à 1 mois	de 1 mois à 2 mois	plus de 2 mois
16	6	7	3	-

Tableau 3

Répartition des textes examinés par ministère d'origine

Ministères d'origine	Lois	Décrets réglementaires	Décrets individuels	Avis	Lois du pays	Total
Affaires sociales, travail et solidarité	7	57	140	-	-	204
Santé, famille et personnes handicapées	4	48	2	-	-	54
Agriculture, alimentation et pêche	-	4	-	-	-	4
Équipement, transports, logement, tourisme et mer	1	-	-	-	-	1
Jeunesse, éducation nationale et recherche	-	2	-	-	-	2
Outre-Mer	2	3	-	-	-	5
Anciens combattants	-	-	-	1	-	1
Intérieur, sécurité intérieure et libertés locales	1	-	-	-	-	1
Fonction publique et réforme de l'État	1	-	-	-	-	1
Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie	-	-	-	-	1	1
Total	16	114	142	1	1	274



Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

Matières	1999	2000	2001	2002	2003
Lois et décrets réglementaires :					
Santé publique	61	52	63	62	52
<i>(dont fonction publique hospitalière)</i>	24	15	23	18	18
Sécurité sociale	52	30	33	34	30
Autres affaires sociales	9	10	15	12	19
Travail, emploi et formation professionnelle	30	18	32	41	28
Juridictions : prud'hommes	-	-	-	-	-
Anciens combattants	1	-	-	-	-
Divers	2	6	-	3	1
Décrets individuels :					
Legs	2	-	5	-	-
Nationalité	146	148	134	161	140
Thermalisme	-	-	-	-	2
Avis et lois du pays :					
Santé	3	-	5	1	-
Sécurité sociale	-	-	-	2	1
Travail	-	2	-	-	-
Anciens combattants	-	-	-	-	1
Éducation nationale	-	1	-	-	-
Agriculture	-	1	-	-	-
Total	306	268	287	316	274



Récapitulatif des statistiques pour 2003

Tableau 1

Vue d'ensemble de l'activité des sections administratives

	Section de l'intérieur	Section des finances	Section des travaux publics	Section sociale	Total
Lois	16	74	12	6	108
Ordonnances	6	2	5	5	18
Lois du pays	-	4	-	1	5
Décrets réglementaires	144	210	119	114	587
Décrets individuels, arrêtés, décisions	163	56	44	142	405
Avis	14	-	4	1	19
Total	343	346	184	269	1 142

Les projets de texte examinés par plusieurs sections sont comptabilisés une seule fois au titre de la Section saisie principalement de l'affaire.

Tableau 2

Évolution de l'activité consultative au cours des cinq dernières années

	1999	2000	2001	2002	2003
Lois, ordonnances et lois du pays	97	112	117	111	131
Décrets réglementaires	557	617	587	727	587
Décrets individuels, arrêtés, décisions	523	583	562	408	405
Avis	18	29	8	22	19
Total	1 195	1 341	1 274	1 268	1 142



Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution

L'année 2003 a été marquée par un accroissement significatif du nombre de propositions d'actes émanant de l'Union européenne et transmises par le Gouvernement au Conseil d'État : 428 textes, contre 342 en 2002 et 366 en 2001.

Le pourcentage des textes relevant du domaine de la loi en droit interne est, quant à lui, resté très stable par rapport aux années précédentes : 64 % des textes examinés en 2003, soit 270 projets d'actes, ont été soumis au Parlement français au titre de l'article 88-4 de la Constitution, à la suite de l'avis rendu par le Conseil d'État.

Pour la première fois depuis 1992, c'est la Section des travaux publics qui a été saisie du plus grand nombre de projets (166 textes), devant la Section des finances (154 textes), puis la Section de l'intérieur (93 textes) et, enfin, la Section sociale (15 textes).

Le Conseil d'État a répondu aux 405 demandes d'avis dans un délai moyen de 5 jours. À noter les 112 demandes d'examen en urgence qui ont été étudiées, en moyenne, en deux jours seulement.

Le ministère des Affaires étrangères a continué en 2003 à saisir régulièrement le Conseil d'État de textes relevant de la politique étrangère et de sécurité commune. Parmi les 18 projets d'actes examinés cette année, on peut mentionner le projet d'action commune du Conseil sur la Force de l'Union européenne dans l'ex-République yougoslave de Macédoine et le projet de position commune du Conseil sur le courtage des armements.

Compte tenu de leur importance, il convient de citer d'autres propositions d'actes communautaires :

- proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les exigences de sécurité minimales applicables aux tunnels du réseau routier transeuropéen ;
- proposition de décision du Conseil relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, du traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture ;
- proposition de règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ;
- projet de décision du Conseil de l'Union européenne relative à l'admission de la République tchèque, de l'Estonie, de Chypre, de la Lettonie, de la Lituanie, de la Hongrie, de Malte, de la Pologne, de la Slovénie et de la Slovaquie à l'Union européenne ;



- initiative de la République hellénique concernant l’adoption, par le Conseil, d’un projet de décision-cadre relative à la prévention du trafic d’organes et de tissus d’origine humaine et à la lutte contre ce phénomène ;
- proposition de décision du Conseil instituant le Tribunal de la fonction publique européenne ;
- proposition de directive du Conseil mettant en œuvre le principe de légalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l’accès aux biens et services et la fourniture de biens et services.

Comme cela avait été annoncé dans le précédent rapport public, une circulaire du Premier ministre en date du 30 janvier 2003 a défini les modalités de saisine pour avis du Conseil d’État sur des propositions d’actes communautaires en cours de négociation au sein de l’Union européenne et susceptibles d’avoir un impact important en droit interne (nécessité éventuelle de modifier la Constitution, difficultés prévisibles lors de la transposition...). Il s’agit donc, pour le Gouvernement, dans un nombre limité de cas, de bénéficier de l’analyse du Conseil d’État sur les enjeux juridiques d’un projet de texte avant son adoption au niveau communautaire.

Si cette nouvelle procédure ne concerne pas directement la mise en œuvre de l’article 88-4 de la Constitution, le Conseil d’État peut néanmoins utilement signaler au Gouvernement les projets d’actes en question lorsqu’il intervient au titre de l’article 88-4 de la Constitution.

Cette circulaire a été appliquée pour la première et unique fois en 2003 à l’occasion de l’examen par la Section de l’intérieur, puis par l’assemblée générale, lors de sa séance du 7 mai 2003, de deux projets d’accords entre l’Union européenne et les États-Unis en matière d’extradition et d’entraide judiciaire.

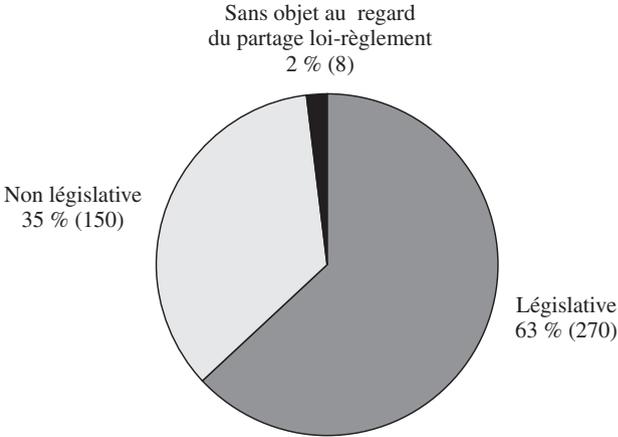
Le Conseil d’État a donc pu éclairer le Gouvernement, au cours de la négociation communautaire, notamment sur la compétence de l’Union européenne pour conclure des accords avec des pays tiers dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale et sur le nécessaire respect, outre des principes fondamentaux mentionnés dans le traité sur l’Union européenne, des principes constitutionnels français concernant les droits de la défense et la possibilité de refuser une extradition pour les infractions à caractère politique ¹⁴.

Les graphiques suivants indiquent le bilan statistique de l’année 2003 concernant l’examen des propositions d’actes communautaires transmises pour avis au Conseil d’État.

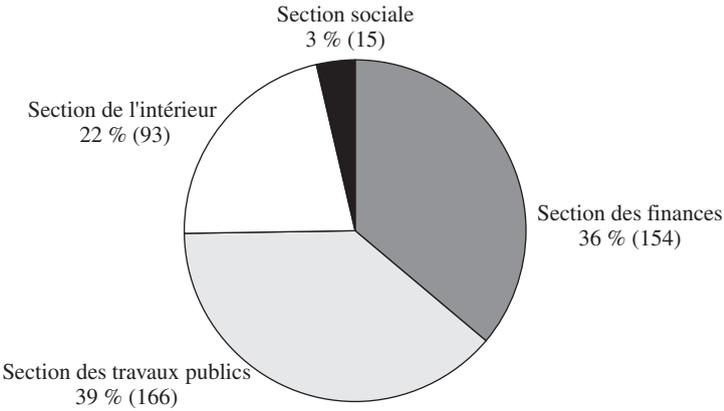
14 - Voir sur ce point le rapport d’activité de la Section de l’intérieur et le texte de l’avis dans le présent volume.



Répartition des textes selon leur nature



Répartition des textes selon les sections administratives



Activité de la Section du rapport et des études



Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2003

Le Code de justice administrative énonce dans ses articles L. 911-1 à L. 911-10, R. 921-1 à R. 921-1 à R. 921-8 et R. 931-1 à R. 931-9 les dispositions applicables à l'exécution des décisions rendues par la juridiction administrative. L'article R. 921-8 prescrit à chaque président de tribunal administratif et à chaque président de cour administrative d'appel de rendre compte au président de la Section du rapport et des études du Conseil d'État, à l'issue de chaque année, des difficultés d'exécution qui leur ont été soumises.

La Section du rapport et des études présente une synthèse des activités à caractère juridictionnel ou non juridictionnel exercées au cours de l'année par l'ensemble des juridictions de l'ordre administratif en vue de pourvoir à l'exécution des décisions de justice qu'elles ont rendues, étant observé que, comme les années précédentes, ne sera pas évoqué ici l'exercice du pouvoir d'injonction que confèrent au juge administratif les dispositions des articles L. 911-1 et L. 911-2 du code susmentionné.

Les évolutions constatées en 2003

Les statistiques agrégées pour 2003 font apparaître un léger tassement des saisines de l'ensemble des juridictions administratives en vue de l'exécution de leurs décisions : 1 467 affaires enregistrées en 2003 contre 1 530 en 2002 et 1 538 en 2001. La tendance à la baisse est la même que l'on considère les saisines du Conseil d'Etat (183 en 2003 contre 206 en 2002), des cours administratives d'appel (481 en 2003 contre 500 en 2002) ou des tribunaux administratifs (803 en 2003 contre 824 en 2002).

Il est intéressant de constater que cette baisse d'une année sur l'autre s'inscrit dans une tendance pluriannuelle. Le nombre de saisines, qui s'établissait à 1 616 en 1999, a régulièrement diminué depuis. On pourrait être tenté d'y voir une conséquence heureuse de l'exercice de ses nouveaux pouvoirs d'injonction par le juge administratif, dans la mesure où la prescription de mesures d'exécution a pour effet d'anticiper sur les difficultés d'exécution et de les prévenir, ou de la mise en œuvre des nouvelles procédures d'urgence qui, elles aussi, ont pour effet de prévenir les difficultés d'exécution des décisions de fond à intervenir. Il serait toutefois prématuré de tirer des conclusions. En effet, on ne fait que retrouver en 2003 un volume des saisines comparable à celui de 1997 (1 467 contre 1 461).



Considérations sur la gestion des procédures d'exécution

D'une manière générale, les affaires traitées par la Section du rapport et des études comme celles dont sont chargés les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel trouvent le plus souvent leur solution dans le cadre de la procédure non juridictionnelle d'aide à l'exécution ou, pour les tribunaux et les cours, de la phase non juridictionnelle de la procédure combinée prévue à l'article L. 911-4 du Code de justice administrative. Les procédures juridictionnelles d'astreinte ne représentent qu'un quart de la totalité des dossiers d'exécution dont la Section du rapport et des études a à connaître. Devant les cours et les tribunaux, la proportion d'affaires qui « basculent » en mode juridictionnel, en application des dispositions de l'article R. 921-6 du Code de justice administrative, est du même ordre. On peut y voir un signe de ce que les acteurs des procédures d'exécution ont bien intégré le caractère prioritaire de la phase « amiable » et de l'intérêt qu'ils trouvent à l'absence de formalisme et à la souplesse des moyens qui sont les traits distinctifs de cette phase. La pertinence de la conception souple, exposée dans le rapport précédent, d'un passage non automatique en phase juridictionnelle à l'expiration du délai de six mois est largement reconnue. L'appréciation doit être portée au cas par cas comme l'a fait observer le président d'une cour administrative d'appel : « l'ouverture de la phase juridictionnelle dans une période allant de trois à neuf mois a (...) semblé plus adaptée à la diversité des situations que *le basculement juridictionnel* automatique à l'issue de la période de six mois ». Il est parfois judicieux dans certaines affaires de s'accorder un délai supplémentaire alors que, dans d'autres affaires, la menace d'une astreinte apparaîtra indispensable pour tenter d'aboutir à une solution conforme au droit.

Comme en 2002, plusieurs présidents de tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel ont rapporté qu'une proportion non négligeable des demandes dont ils ont été saisis avait trait à des **condamnations pécuniaires** dont l'exécution n'aurait normalement pas dû soulever de réelles difficultés, notamment les condamnations prononcées au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative. Les causes du phénomène sont hétérogènes. On trouve, en sus de la négligence et de la mauvaise volonté qui ne méritent pas de commentaires particuliers, les contraintes budgétaires qui pèsent sur certaines administrations, parfois une organisation interne de celles-ci qui ne favorise pas l'exécution de condamnations pécuniaires accessoires ainsi que la méconnaissance du caractère exécutoire des décisions non définitives et celle des ressources des procédures de paiement forcé.

Les contraintes budgétaires fortes qui pèsent sur elles expliquent pour une part la résistance passive qu'opposent certaines personnes publiques à l'exécution des condamnations pécuniaires, tout particulièrement les établissements publics hospitaliers tant en ce qui concerne les décisions du juge de la tarification sanitaire et sociale qu'en ce qui concerne celles du juge de droit commun de l'action en responsabilité et des litiges de fonction publique. S'agissant des condamnations prononcées au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative, dont les montants sont le plus souvent peu élevés, il a été signalé que le défaut d'exécution spontanée proviendrait, dans le cas de



certaines administrations de l'État, de la séparation et de l'absence de communication entre le service ordonnateur du paiement et celui en charge de l'exécution des obligations principales résultant de la décision juridictionnelle.

La méconnaissance du caractère exécutoire des décisions juridictionnelles non définitives paraît assez répandue. Il est, hélas, de pratique courante, chez les personnes publiques condamnées au paiement d'une somme d'argent, de ne pas effectuer de règlement lorsque le jugement de condamnation est frappé d'appel. Une question écrite posée le 20 mars 2003 au garde des sceaux, ministre de la Justice, par un sénateur, M. Bertrand Auban (réponse ministérielle n° 6427, J.O. 12 juin 2003 p. 1919), montre que le renvoi opéré par l'article L. 911-9 du Code de justice administrative à la procédure de paiement forcé, organisée par l'article 1^{er} de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980, a pu contribuer à entretenir l'idée qu'une condition de mise en œuvre de cette procédure, l'acquisition par la décision de condamnation de la force de chose jugée, était aussi une condition de l'obligation d'exécuter le jugement dès sa notification. Le défaut de paiement incite parfois en retour le bénéficiaire de la condamnation non rempli de ses droits à conjuguer les procédures de demande d'exécution et de référé-provision. Lorsque le jugement a été frappé d'appel, la cour compétente pour en connaître doit gérer simultanément trois procédures. Quant à la procédure de paiement forcé, elle n'apparaît pas suffisamment exploitée.

Il n'existe pas actuellement de solution parfaitement satisfaisante pour traiter le problème de l'exécution des condamnations pécuniaires. La pratique de la Section du rapport et des études depuis plus d'un an, comme celle de plusieurs juridictions du premier et du second degré, est, dans l'hypothèse où la décision de condamnation pécuniaire est passée en force de chose jugée, d'inviter le bénéficiaire de la condamnation à saisir, en premier lieu, l'ordonnateur d'une demande de paiement puis, en cas d'échec, à saisir le comptable compétent lorsque le débiteur est l'État ou un établissement public de l'État, ou le préfet lorsque le débiteur est une collectivité territoriale ou un établissement public local. L'expérience montre qu'une fois le bénéficiaire en possession d'une lettre de la Section ou de la juridiction qui l'informe pleinement tant de la procédure à suivre que de l'identité de l'ordonnateur et du comptable ou du préfet à contacter, avec une désignation précise de leur adresse, il est très rare que ce bénéficiaire, muni de cette lettre, de la décision juridictionnelle revêtue de la formule exécutoire et d'un relevé d'identité bancaire, n'obtienne pas promptement satisfaction. Ce n'est qu'en cas d'échec avéré de ces démarches que, à la demande renouvelée du bénéficiaire et avec l'avantage d'une connaissance précise de la cause de l'échec, une démarche d'aide à l'exécution est engagée. Cette méthode du recours prioritaire à la procédure de paiement forcé présente des avantages incontestables. Elle respecte l'esprit de l'agencement des textes qui veut qu'une procédure administrative et comptable simple et économique soit utilisée de préférence à la mobilisation d'une juridiction sur le fondement des dispositions du livre IX du Code de justice administrative. Elle permet à la juridiction de se concentrer sur les affaires qui soulèvent de réelles difficultés d'exécution.

Cela étant, cette méthode ne constitue pas non plus une panacée, ne serait-ce que parce que son usage est exclu lorsque la décision de condamnation n'est pas passée en force de chose jugée ou lorsque le débiteur est un organisme de



droit privé chargé de la gestion d'un service public. Il reste aussi des incertitudes juridiques à lever au sujet de l'application de la procédure de paiement forcé aux intérêts de retard qui courent à compter du jugement et de la transposition à la procédure d'astreinte *ex post* dégagé par la jurisprudence *Lothar* du 6 mai 1998, selon laquelle il n'y a pas lieu, pour le juge saisi *ex ante*, de faire droit à une demande d'injonction de payer la somme à laquelle une personne publique a été condamnée en raison de l'existence de la procédure de paiement forcé.

Il convient aussi d'évoquer, comme pour 2002, les problèmes particuliers que peut poser **l'exécution des décisions rendues au titre de la procédure de référé**. Il n'y a pas lieu de revenir sur la complexité de l'organisation des voies de recours et de la détermination de la compétence de la juridiction chargée du traitement des difficultés d'exécution ; la situation n'a pas changé. En revanche, une hésitation que l'on pouvait avoir au sujet de l'autorité des décisions rendues en référé a été levée au cours de l'année 2003. Il a été rappelé que si ces décisions n'ont pas l'autorité de chose jugée, elles n'en revêtent pas moins, comme toute décision rendue par le juge administratif, un caractère exécutoire et obligatoire (CE Sect., 5 novembre 2003, *Association convention vie et nature pour une écologie radicale et aut.*). L'autorité de la chose décidée en référé n'est désormais plus discutable.

La gestion de l'aide à l'exécution des décisions du juge des référés présente des difficultés particulières qui tiennent essentiellement d'une part, à l'urgence qui caractérise ces affaires et impose des délais de réaction très brefs et, d'autre part, à l'instabilité des situations juridiques résultant de la chose décidée. Non seulement des recours peuvent être exercés, mais encore le juge des référés lui-même peut, à tout moment, au vu d'un élément nouveau, modifier les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin (article L. 521-4 du Code de justice administrative). Quant au juge saisi du principal, il doit, en principe, se prononcer dans les meilleurs délais lorsqu'une mesure de suspension a été ordonnée. D'ailleurs, statuer sur le recours principal dans les meilleurs délais est parfois d'ailleurs, comme le souligne un président de tribunal administratif, la meilleure solution pour venir à bout d'une résistance de l'administration, notamment dans le cas de figure, fréquent en 2003, du refus de l'administration d'accorder à un fonctionnaire de sexe masculin ayant élevé trois enfants la jouissance anticipée des droits à pension et les autres avantages alloués aux fonctionnaires de sexe féminin placés dans la même situation. Si le jugement intervient rapidement, avant que la demande tendant à l'exécution de la mesure de suspension n'ait abouti, et qu'il prononce l'annulation de l'acte administratif suspendu en référé, la demande d'exécution est regardée comme étant devenue sans objet (CE 17 octobre 2003, *M. Frehel*).



Considérations sur certaines difficultés d'exécution signalées en 2003

Demandes d'éclaircissement adressées à la Section du rapport et des études

La Section du rapport et des études n'a traité en 2003 que trois demandes d'éclaircissement en application des dispositions de l'article R. 931-1 du Code de justice administrative. Une seule mérite une mention dans le présent rapport.

Cette demande posait la question inédite et délicate de la conciliation du caractère exécutoire des décisions de justice et de la jurisprudence issue de la décision de l'Assemblée du contentieux *Ternon* du 26 octobre 2001. D'un côté, selon cette dernière décision, sous réserve de textes contraires et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, « l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision ». D'un autre côté, sauf dans quelques cas particuliers prévus par des textes ou lorsqu'un sursis à exécution a été ordonné par le juge compétent, l'exercice de recours contre un jugement ou un arrêt ne prive pas ces décisions juridictionnelles de leur caractère exécutoire. La question est celle de savoir si la jurisprudence *Ternon* est applicable à la lettre dans le cas où l'administration a pris une décision individuelle créatrice de droits pour l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt et où cette décision administrative n'a pas été retirée ni contestée dans le délai de quatre mois, mais se trouve privée de base légale après l'annulation, par le juge d'appel ou de cassation, du jugement ou de l'arrêt pour l'exécution duquel elle est intervenue. En d'autres termes, la décision administrative individuelle peut-elle bénéficier de la protection de la jurisprudence *Ternon* et faire obstacle, ainsi, à l'exécution de la décision juridictionnelle définitive rendue par le juge supérieur ?

Un fonctionnaire territorial avait bénéficié d'une promotion aussi belle que suspecte. Le préfet avait déféré la décision de promotion au tribunal administratif qui l'avait annulée. Le juge d'appel a été saisi. Il a considéré que le déféré n'était pas recevable et, par ce motif, il a annulé le jugement et rejeté le déféré sans se prononcer sur la validité de l'acte litigieux. Un pourvoi en cassation a été présenté au Conseil d'État qui a censuré l'analyse de la cour administrative d'appel, annulé l'arrêt et, statuant au fond, rejeté l'appel, confirmant ainsi l'annulation de la mesure d'avancement de l'agent prononcée par le tribunal administratif. Or, entre-temps, l'autorité territoriale avait rétabli l'avancement de l'agent, avec effet rétroactif, en exécution de l'arrêt de la cour administrative d'appel. La décision du Conseil d'État impliquait en principe que l'autorité territoriale régularise la situation de son agent en effaçant toute trace, depuis l'origine, de l'acte d'avancement déféré qui se trouvait définitivement annulé. Une telle régularisation se heurtait toutefois à la nouvelle décision d'avancement prise après l'intervention de l'arrêt de la cour et qui n'avait pas été ni retirée ni contestée dans le délai de quatre mois. Dans un tel cas de figure, il n'y avait aucun motif ni, pour l'autorité qui avait pris la décision, de



la retirer ni, pour le préfet, de la déférer au tribunal administratif dans le délai de quatre mois puisque, durant toute cette période, l'arrêt de la cour administrative d'appel restait exécutoire et que la décision administrative en cause était impliquée par l'arrêt.

La Section du rapport et des études a cherché à concilier le principe de sécurité juridique qui inspire la jurisprudence *Ternon* avec celui de l'obligation, pour l'administration, de prendre les mesures qu'implique nécessairement la décision rendue par le juge qui statue en dernier ressort. Elle a considéré, sous réserve de l'appréciation du juge qui aurait à connaître de l'affaire, que les actes individuels que l'administration est tenue de prendre pour tirer les conséquences nécessaires d'une décision juridictionnelle contre laquelle une voie de recours a été exercée n'apparaissent pas susceptibles de créer de droits avant la fin de la procédure contentieuse.

Conséquences à tirer de l'annulation d'une décision de préemption

Par une décision *M. et M^{me} Bour* du 26 février 2003, la Section du contentieux a précisé les règles qu'il convenait de suivre pour tirer correctement les conséquences de l'annulation d'une décision de préemption d'un immeuble. Sous réserve d'une atteinte excessive à l'intérêt général, l'autorité administrative qui a exercé illégalement le droit de préemption doit, dès que la décision d'annulation lui a été notifiée, faire en sorte de supprimer les effets de l'acte de préemption en distinguant selon que le bien en cause est demeuré sa propriété ou a été revendu par elle à un tiers. Dans le premier cas, elle doit proposer à l'acquéreur évincé puis, le cas échéant, au propriétaire initial, d'acquérir le bien ; dans le second cas, la revente du bien a créé une situation nouvelle dont la remise en cause ferait naître un litige distinct portant sur la validité de la décision de revente. La décision *Bour* a été rendue sur le fondement des dispositions de l'article L. 911-1 du Code de justice administrative relatives aux pouvoirs d'injonction que le juge peut exercer concomitamment à la décision qu'il rend au principal, mais il ne fait guère de doute que cette jurisprudence s'applique à l'exécution *ex post* d'un jugement.

La Section du rapport et des études a été saisie de deux affaires ayant trait aux suites à donner à l'annulation d'une décision de préemption, dont l'affaire *Bour* elle-même. À l'appui de leur demande d'aide à l'exécution, les acquéreurs évincés produisaient des documents tendant à montrer qu'une partie seulement des biens ayant fait l'objet de la décision de préemption annulée avait été revendue et faisaient valoir qu'il incombait à la commune qui avait conservé le surplus de ces biens de leur proposer de les acquérir. Or, suivre les intéressés sur ce chemin conduisait à revenir *a posteriori* sur ce qu'avait jugé le Conseil d'État dans sa décision du 26 février 2003. Le Conseil d'État avait, en l'état d'informations faisant apparaître la revente de l'intégralité des biens, rejeté les conclusions à fin d'injonction par le motif que la revente des biens faisait obstacle à ce que soient mises en œuvre les mesures dont les requérants demandaient la prescription. En outre, les conditions dans lesquelles l'acquisition de la partie non revendue du bien préempté peut être proposée à l'acquéreur évincé ou, à défaut, au propriétaire initial, ne peuvent avoir qu'un lointain rapport avec celles de la transaction à laquelle l'exercice du droit de préemp-



tion a fait obstacle, alors que l'annulation d'une péremption impose de rechercher le rétablissement de l'ensemble des conditions de la transaction. C'est devant le juge judiciaire que ce rétablissement peut être recherché. La Section du rapport et des études a toutefois suggéré, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, que la commune, sans attendre l'aboutissement de la procédure judiciaire et dans le souci de prévenir une procédure administrative contentieuse ayant pour objet une décision relative à la situation des parcelles non revendues, réexamine avec les intéressés le sort de ces parcelles.

Modifications dans la situation de droit ou de fait après la délivrance d'une injonction sous astreinte

Les conditions de l'exécution d'une décision du juge administratif peuvent être affectées par la modification de la situation de droit ou de fait qui se produit après l'intervention de la décision et la délivrance d'une injonction sous astreinte. Il en va ainsi tout d'abord, par exemple, lorsque la modification de la règle de droit a pour conséquence de mettre fin à la période d'inexécution d'une décision du Conseil d'État (CE 22 janvier 2003, *Fédération française des masseurs kinésithérapeutes rééducateurs*). Il peut en aller ainsi, également, dans l'hypothèse d'une modification de la situation de fait. L'illustration en est donnée par une affaire rapportée par un président de tribunal administratif. Le tribunal avait prononcé l'annulation d'un refus de délivrer à un étranger un titre de séjour et enjoint au préfet, sous astreinte, de délivrer le titre en cause. Le préfet n'ayant pas donné suite au motif de faits commis par l'étranger après l'intervention du jugement, une procédure juridictionnelle d'exécution a été ouverte. Le tribunal a admis que les faits nouveaux reprochés à l'intéressé justifiaient désormais un refus de séjour. Il a considéré néanmoins que l'abstention du préfet, entre la date d'expiration du délai qui lui était imparti et la date de commission des faits, caractérisait un défaut d'exécution du jugement et liquidé l'astreinte pour cette période.



Statistiques

Tableau 1

Évolution de l'activité de la Section du rapport et des études en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative

	1999	2000	2001	2002	2003
Affaires enregistrées	226	208	151	206	183
Affaires réglées	203	196	189	245	193
Affaires en cours (au 31/12)	109	121	83	44	34

Tableau 2

Détail des demandes d'aide à l'exécution et des procédures d'astreinte

	1999	2000	2001	2002	2003
Aides à l'exécution	136	145	108	156	129
<i>dont demandes d'éclaircissement</i>	10	6	10	7	4
Procédures d'astreinte	90	63	43	50	54
<i>dont liquidations d'astreinte</i>	23	19	19	24	23
Total	226	208	151	206	183

Tableau 3

Détail de l'activité de la Section du rapport et des études en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative

Affaires en cours au 1^{er} janvier 2003	44
Affaires enregistrées en 2003	183
Affaires traitées dans le cadre de l'aide à l'exécution	145
<i>dont réponses à des demandes d'éclaircissement</i>	3
Affaires traitées dans le cadre de la procédure d'astreinte	48
<i>dont liquidation d'astreinte</i>	23
Total des affaires réglées en 2003	193
Affaires en cours au 31 décembre 2003	34

Tableau 4

Demandes d'aide à l'exécution devant les juridictions administratives au cours de l'année 2003

	Conseil d'État	Cours administratives d'appel	Tribunaux administratifs	Total
Saisines	183	481	803	1 467
Affaires réglées	193	377	645	1 215
% affaires réglées en phase administrative	-	80 %	72 %	-



Tableau 5

**Évolution de l'activité des tribunaux administratifs
et des cours administratives d'appel en matière d'exécution
des décisions de la juridiction administrative**

	1999	2000	2001	2002	2003
Tribunaux administratifs :					
Affaires enregistrées	898	885	918	824	803
Affaires réglées	628	743	620	738	645
Cours administratives d'appel :					
Affaires enregistrées	492	521	469	500	481
Affaires réglées	409	495	468	383	377



Les études et la diffusion des travaux du Conseil d'État

Parmi les missions qui incombent au Conseil d'État, les études réalisées à la demande du Premier ministre tiennent une place importante à trois titres.

Elles sont d'abord la manifestation du fait que la fonction consultative du Conseil d'État ne se limite pas à l'examen de projets de textes normatifs et au traitement de demandes d'avis sur des questions de droit mais comporte aussi la mise au point de réponses aux demandes de réflexion approfondie et de propositions opératoires sur des sujets très variés, en vue d'éclairer suffisamment en amont l'orientation de politiques publiques.

Elles sont ensuite l'occasion d'une coopération, organisée sur plusieurs mois, de membres du Conseil d'État avec des représentants non seulement de diverses administrations d'État mais de divers intérêts publics ou privés, au sein de groupes de travail dont la composition a pour objectif de garantir une confrontation suffisante de points de vue, qui définissent librement leur méthode d'approche du sujet et dont le rapport final détermine en fait très largement l'analyse et les propositions en définitive retenues par le Conseil d'État dans l'étude remise au Premier ministre.

Enfin, ces études, qui sont publiées par la Documentation française, sont une source d'information synthétique et de réflexion prospective propre, le cas échéant, à éclairer et à enrichir le débat public.

L'activité d'étude en 2003

Une étude sur le thème « **collectivités territoriales et obligations communautaires** » qui avait fait l'objet d'une lettre de mission du Premier ministre en date du 24 mars 2003 lui a été remise le 31 octobre.

La lettre de mission invitait le Conseil d'État à apprécier la pertinence et l'efficacité des mécanismes auxquels l'État peut, dès à présent, recourir pour identifier et pallier d'éventuelles défaillances des autorités décentralisées en établissant une comparaison avec les dispositifs retenus par nos principaux partenaires, à examiner plus particulièrement les voies de droit qui seraient offertes à l'État dans l'hypothèse où il serait condamné en raison du manquement d'une collectivité territoriale aux obligations communautaires et à proposer les adaptations qui paraissent nécessaires en précisant sous quelles formes juridiques ces adaptations peuvent se traduire.



Un groupe de travail, composé d'une vingtaine de personnes, a procédé à l'audition de diverses personnalités tant françaises qu'étrangères, élus, universitaires ou fonctionnaires de l'administration française, d'autres États membres ou membres des institutions européennes. Il a élaboré un rapport examiné par la Section du rapport et des études puis adopté par l'Assemblée générale.

Le rapport part du constat que, indépendamment du droit de la responsabilité des collectivités publiques, l'un des principes fondamentaux du droit communautaire est que l'État est le seul à répondre devant les institutions communautaires et les autres États membres des manquements communautaires commis sur son territoire. L'État doit veiller au respect des obligations résultant tant des traités que des actes de droit dérivé, par toutes les entités publiques, y compris les collectivités territoriales et prendre toutes dispositions utiles pour éviter de tels manquements ou y mettre fin. Il ne peut pas invoquer, pour s'y soustraire, le fait que, au regard de son droit interne, il ne serait pas juridiquement responsable de la mise en œuvre d'une obligation de droit communautaire ni se prévaloir de son organisation interne, qui ne lui permettrait pas d'imposer à une collectivité décentralisée de prendre une décision. Face aux violations du droit communautaire susceptibles d'être commises au sein des États membres, le traité et le droit pris pour son application organisent notamment la procédure du constat en manquement. Au-delà du simple constat déclaratoire de manquement d'un État, l'article 228 du traité instituant la communauté européenne permet à la Cour de justice des Communautés européennes, saisie d'un recours en vue de constater qu'un manquement n'a pas cessé malgré un précédent constat effectué en application de l'article 226 du traité, d'infliger à l'État membre concerné le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte. Si la France n'a pas encore fait l'objet d'une telle condamnation – qui, à ce jour, n'a été prononcée par la Cour que contre un État membre –, plusieurs procédures, dont certaines concernent des manquements imputables à une ou des collectivités territoriales, sont engagées contre elle et pourraient donner lieu à la condamnation au paiement d'une astreinte d'un montant important. L'efficacité de cette procédure, qui pourrait être accentuée par les changements institutionnels prévus par le « projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe », montre l'importance de veiller au respect du droit communautaire, sans qu'y fasse obstacle l'organisation décentralisée de la République.

Ayant mis en exergue la situation particulière des collectivités territoriales situées outre-mer au regard de l'applicabilité du droit communautaire, le rapport estime que le nombre important de catégories de collectivités territoriales françaises et l'enchevêtrement de leurs compétences contribuent à accentuer les risques de méconnaissance du droit communautaire. Les conditions d'élaboration de ce droit, qui tiennent peu compte de l'organisation décentralisée de la République, la complexité de celui-ci et les conséquences financières parfois élevées de sa mise en œuvre concourent également à accroître ces risques. L'analyse des procédures précontentieuses et contentieuses a permis d'identifier plusieurs domaines comme présentant des risques singuliers de manquement par les collectivités territoriales : la fonction publique territoriale, les aides d'État, les marchés publics et délégations de service public, l'environnement. De façon « mécanique », le transfert de nouvelles compétences par l'État aux collectivités territoriales, à titre expérimental ou définitif, a pour corollaire le transfert inhérent des risques de



manquement à des obligations communautaires. Il en ira notamment ainsi pour la gestion des fonds structurels et en raison du développement de l'autonomie normative.

Les exemples qu'offrent le droit et la pratique chez nos principaux partenaires ont conduit à préconiser la mise en œuvre de deux types de mesures tenant compte des particularités françaises.

Les plus nombreuses visent à éviter que les collectivités territoriales se trouvent en situation de manquement. À cet effet, le rapport recommande tout d'abord d'améliorer la mesure de l'incidence des projets de textes communautaires sur les collectivités territoriales afin d'apprécier si leur application relèvera de celles-ci et d'identifier les conséquences, notamment financières, qu'ils comporteront pour elles. Ce travail d'évaluation devrait être réalisé dès que la Commission informe et consulte les autorités françaises sur un avant-projet de texte communautaire et bien avant sa finalisation. Il est recommandé de négocier des textes communautaires plus réalistes tant au regard des obligations qu'ils créeront pour les collectivités territoriales que des délais de transposition. Il est suggéré à cet effet d'instituer une procédure interne de consultation des collectivités territoriales sur les propositions de texte communautaires ayant un impact sur l'exercice de leurs compétences. Il est également suggéré de négocier un amendement aux dispositions de l'actuel article 299 du traité instituant la Communauté européenne afin de clarifier la situation de certaines collectivités d'outre-mer au regard des obligations de droit communautaire. Il est enfin relevé que l'amélioration de la formation en droit communautaire des agents de l'État et des collectivités territoriales ne pourra que contribuer à un plus grand respect de ce droit.

Après avoir constaté que l'État dispose déjà de moyens juridiques lui permettant de mettre fin à des manquements de droit communautaire et que le projet de loi sur les responsabilités locales prévoit de les renforcer, notamment au travers du développement du pouvoir de substitution en matière d'aides aux entreprises, le rapport invite à donner sa pleine efficacité au contrôle de légalité. À ce titre, il suggère de ne pas le supprimer dans le cadre des transferts de compétences et des habilitations expérimentales lorsqu'ils portent sur des domaines soumis au droit communautaire. Il recommande également que, dans une circulaire adressée aux préfets, une priorité soit conférée dans l'exercice de ce contrôle aux matières dans lesquelles les risques de violation de ce droit sont les plus nombreux (aides aux entreprises, marchés publics et délégations de service public, environnement, fonds structurels) et les préfets soient invités à faire plus largement usage des procédures de référé. Des pôles nationaux et régionaux de compétence, spécialisés dans ces domaines prioritaires et techniques, pourraient apporter une assistance aux agents des préfectures et des sous-préfectures chargés de ce contrôle. Enfin, le rapport suggère détendre à l'ensemble des manquements commis par les collectivités territoriales le principe – que le projet de loi sur les responsabilités locales applique pour les aides aux entreprises et la gestion de fonds structurels – selon lequel elles doivent prendre financièrement à leur charge les sommes acquittées par l'État du fait de leurs manquements au droit communautaire.

Une deuxième étude portant sur **l'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social**, qui avait fait l'objet d'une lettre de mission du Premier ministre en date du 21 février 2003, lui a été remise le 23 décembre.



La lettre de mission invitait le Conseil d'État à examiner les difficultés posées par les textes régissant les juridictions sociales, au regard, notamment, du principe d'impartialité et de la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, de manière plus générale à faire toutes les observations utiles concernant la répartition des compétences entre les différentes juridictions spécialisées ainsi qu'entre celles-ci et les juridictions de droit commun.

Afin de répondre à ces questions, le président de la Section du rapport et des études a présidé un groupe de travail de onze membres, comprenant des représentants des ordres juridictionnels administratif et judiciaire, ainsi que des universitaires spécialistes du droit social. Le fruit des auditions et des réflexions du groupe de travail a donné lieu à un projet délibéré en Section du rapport et des études puis adopté par l'Assemblée générale.

Les juridictions étudiées ont été, s'agissant de l'ordre administratif : les juridictions de l'aide sociale (commissions départementales d'aide sociale et commission centrale d'aide sociale, les juridictions du tarif (tribunaux interrégionaux de la tarification sanitaire et sociale et cour nationale de la tarification sanitaire et sociale) et les commissions départementales des travailleurs handicapés. S'agissant de l'ordre judiciaire, l'étude a porté sur les tribunaux des affaires de sécurité sociale et sur les juridictions du contentieux technique, tribunaux du contentieux de l'incapacité et cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail.

Partant du double questionnement introduit par la lettre de mission, l'étude relève, dans une première partie, que les problèmes rencontrés, en pratique, dans le fonctionnement des juridictions sociales, dépassent de beaucoup le principe d'impartialité et les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Tout en accordant un développement important à la mise en œuvre du principe d'impartialité, l'étude présente un panorama plus général des difficultés rencontrées au regard des droits des justiciables et de la nécessité d'une bonne administration de la justice : elle souligne ainsi la complexité des règles régissant la répartition des compétences entre les différentes juridictions intervenant dans le champ social, l'imprécision et le manque d'harmonisation des règles de procédure applicables ainsi que la faiblesse des moyens des juridictions sociales qui, dans la plupart des cas, ne disposent pas des services d'un véritable greffe.

Les propositions formulées pour répondre à ce constat s'inscrivent dans deux horizons différents : un premier horizon comprenant les réformes urgentes et indispensables pour assurer un fonctionnement régulier des juridictions sociales spécialisées au regard des exigences des droits national et européen, et un second horizon auquel devrait être conduite une réforme de plus grande ampleur.

Dans ces conditions, les propositions articulées dans la deuxième partie de l'étude s'ordonnent autour de quatre axes principaux :

– s'agissant de la composition : le maintien de l'échevinage, justifié par la technicité des matières traitées, doit se concilier avec le principe d'impartialité, ce qui implique des procédures de désignation propres à garantir que ne siègeront que des juges n'ayant aucun lien avec les intérêts en présence, et un élargissement du vivier de recrutement ;



- s’agissant de la procédure : simplification et adaptation des règles de procédure pour tenir compte tant de la situation de précarité des justiciables que des impératifs de rapidité (formalisme minimum, décision à juge unique en cas d’irrecevabilité manifeste non susceptible d’être couverte en cours d’instance ou pour les affaires les plus simples, instauration de procédures d’urgence, possibilité de recours à l’expertise quand cela est nécessaire) ;
- s’agissant des greffes : renforcement des moyens des greffes et autonomisation par rapport aux administrations dont les décisions sont en examen ;
- s’agissant des locaux : locaux distincts de ceux des mêmes administrations.

La troisième partie de l’étude aborde la question de la répartition des compétences entre les différentes juridictions sociales spécialisées ainsi qu’entre celles-ci et les juridictions de droit commun.

Si le transfert intégral du contentieux social aux juridictions de droit commun ou la création d’une juridiction sociale unique apparaissent difficilement envisageables, trois pistes sont plus particulièrement explorées. La première consisterait à se contenter d’un réaménagement à la marge des compétences. La deuxième consisterait à créer, au sein de l’ordre administratif, une juridiction sociale unique. La troisième, qui, au demeurant n’est pas incompatible avec les deux premières, serait de développer les procédures précontentieuses facultatives en veillant à ce qu’elles soient organisées de manière à assurer une indépendance suffisante des instances chargées de réexaminer les demandes par rapport à celles les ayant une première fois rejetées.

L’étude conclut que seul un réaménagement en profondeur des compétences et de l’organisation des juridictions sociales est à même de satisfaire aux exigences spécifiques du contentieux social (associer professionnalisation des juges et maintien de l’échevinage, proximité et impartialité, souplesse des procédures et qualité des jugements rendus) et de permettre ainsi une prise en compte effective des besoins des justiciables.

Suites données aux études antérieures

Le gouvernement a donné suite à l’étude sur la publication et l’entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs, remise au Premier ministre en octobre 2001¹⁵. L’article 4 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, directement inspiré par les conclusions de cette étude, prévoit que « dans les conditions prévues par l’article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à simplifier et harmoniser par ordonnance les règles relatives aux conditions d’entrée en vigueur des lois, ordonnances, décrets et actes administratifs, ainsi que les modalités selon lesquelles ces textes sont publiés et portés à la connaissance du public, en prenant en compte les possibilités offertes par les technologies de l’information et de la communication ».

15 - *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, collection « Les études du Conseil d’État », Paris, La Documentation française, 2001.



Le projet d'ordonnance en question a été examiné par le Conseil d'État courant février 2004. On ne peut que se féliciter de voir que cette question, qui, au-delà de sa technicité, est un élément fondamental de l'État de droit, fasse l'objet d'une réforme qui devrait être de nature à faciliter une meilleure connaissance par le citoyen de ses droits et de ses obligations.

L'étude sur les fondations¹⁶ adoptée en 1996 avait formulé un certain nombre de recommandations ordonnées principalement autour de deux axes : celui de l'assouplissement ou de la clarification des règles en matière de création des fondations et celui du renforcement du contrôle exercé sur ces organismes. Afin de parfaire la réforme, elle préconisait l'adoption d'une loi générale sur les fondations.

Si cette option n'a, du moins pour le moment, pas été suivie, la loi n° 2003-709 du 1^{er} août 2003, relative au mécénat, aux associations et aux fondations a amélioré le régime fiscal des fondations d'entreprise.

Par ailleurs, la Section de l'intérieur a eu à examiner de nouveaux modèles de statuts-types recommandés aux fondateurs, destinés à faciliter le déroulement de la procédure de reconnaissance d'utilité publique.

La diffusion des travaux du Conseil d'État et de la juridiction administrative

Depuis le mois d'avril 2003, la Section du rapport et des études a été chargée d'une nouvelle mission : faire mieux connaître les travaux du Conseil d'État et la vie de la juridiction administrative en organisant des manifestations publiques, conférences scientifiques, colloques.

Deux colloques se sont ainsi tenus l'année dernière, d'une part, pour ouvrir les célébrations du cinquantenaire des tribunaux administratifs, et, d'autre part, pour inviter des responsables politiques, administratifs et syndicaux à réfléchir, dans le sillage du précédent rapport annuel du Conseil d'État, à la réforme de la fonction publique. Le premier colloque a réuni plus de 1 000 personnes dans le grand amphithéâtre de la Sorbonne sur le thème « Le juge administratif et les libertés publiques ». Le second a permis à plus de 400 spécialistes – élus, dirigeants d'administration, universitaires français et étrangers, représentants des personnels – de débattre à l'Assemblée nationale autour des « Perspectives pour la fonction publique ».

En 2004, le Conseil d'État participera, comme de nombreuses institutions, au bicentenaire du Code civil, dont la rédaction fut largement son œuvre et qu'il a contribué à faire vivre. Il s'interrogera, à l'occasion d'un colloque, sur les relations passées et présentes entre le Conseil d'État et le Code civil.

16 - *Rendre plus attractif le droit des fondations*, collection « Les études du Conseil d'État », Paris, La Documentation française, 1997.



L'action internationale du Conseil d'État

L'action internationale du Conseil d'État est conduite, sous l'autorité du Vice-Président, par la Cellule de coopération internationale de la Section du rapport et des études, en liaison avec le Secrétariat général.

En 2003, cette action de coopération a été poursuivie de manière intense. Les échanges avec les pays d'Afrique et d'Asie ont été particulièrement nombreux et fructueux.

Au cours de l'année, le Vice-Président, accompagné de membres du Conseil d'État, s'est, à ce titre, rendu à plusieurs reprises à l'étranger, en Algérie tout d'abord, au Vietnam et en Thaïlande, ensuite. Il a également eu l'occasion, dans le cadre de l'Association internationale des hautes juridictions administratives (AIHJA), de se déplacer en Turquie et, dans le cadre de l'Association des conseils d'État et des cours administratives suprêmes de l'Union européenne, de se rendre en Belgique et aux Pays-Bas.

Europe

Dans le cadre de la coopération institutionnelle, qu'il poursuit plus spécifiquement avec quelques-unes des plus hautes instances juridictionnelles ou consultatives des pays d'Europe, le Conseil d'État a reçu une délégation du Conseil d'État espagnol composée de sept membres et conduite par son Président. Les travaux ont été consacrés en particulier aux « *convergences et influences réciproques entre le droit communautaire et les droits des États membres* ».

La coopération franco-allemande s'est concrétisée par l'accueil au Conseil d'État de trois délégations : la première composée de vingt et un hauts fonctionnaires de l'État fédéral, la deuxième de six cadres administratifs supérieurs de l'État de Bavière, en séjour d'information et d'échanges professionnels en France et la troisième de huit anciens élèves de l'ENA. Concernant les liens du Conseil d'État avec la Grèce, un député ainsi qu'une délégation de vingt-cinq juges du tribunal administratif d'Athènes ont pu s'entretenir avec des membres du Conseil d'État.

La Russie est, de longue date, un partenaire actif du Conseil d'État. Cinq délégations composées de hauts fonctionnaires ou de juristes – dont un chef de département au sein de l'appareil du gouvernement et le responsable de la réforme fédérale auprès du chef adjoint de l'administration présidentielle – ont



suivi des exposés sur le rôle consultatif du Conseil d'État, en particulier dans l'élaboration de la loi.

L'année 2003 a confirmé la densité traditionnelle des échanges avec les pays de l'Est, de l'Europe centrale et des Balkans puisqu'ont été reçus au Palais-Royal : un Vice-Président du Parlement albanais, cinq fonctionnaires serbes, une délégation de l'Assemblée du Kosovo conduite par son Président, un député, Président de la Commission constitutionnelle estonienne, le Président de la Cour suprême hongroise, trente-quatre fonctionnaires macédoniens, onze personnalités turques ayant la qualité de professeurs, journalistes, juges, médecins ou fonctionnaires de l'université TODAIE d'Ankara et une délégation slovaque composée de membres du Conseil supérieur de la magistrature.

La coopération avec la Pologne s'est avérée particulièrement intense ; cinq délégations ont séjourné à Paris pour s'initier au rôle du fonctionnement du Conseil d'État au sein du système institutionnel français : sept fonctionnaires du gouvernement et membres de l'UKIE (Office d'intégration européenne), dix fonctionnaires du gouvernement et membres du RCL (Centre législatif gouvernemental), deux délégations successives de quatre fonctionnaires du gouvernement et membres de l'UKIE et trois membres du Tribunal constitutionnel conduits par leur Président.

Le directeur général du Cabinet Euriconsult de Malte et un conseiller technique chargé des recours de la principauté de Monaco se sont entretenus avec des membres du Conseil d'État, respectivement sur l'intervention du Conseil d'État dans les processus de rédaction des textes législatifs et réglementaires et sur la motivation des actes administratifs.

Ont suivi des stages au Conseil d'État, comme chaque année, selon un accord auquel le Conseil d'État est partie prenante depuis 1995, deux étudiantes du Collège juridique franco-roumain d'études européennes de Bucarest, un auditeur de l'Académie diplomatique viennoise et un enseignant et chercheur de l'Institut de droit public à l'université d'Oslo (Norvège).

Enfin, des missions ont été accomplies en Europe par deux membres du Conseil d'État. La première, de courte durée, a eu lieu en Pologne dans le cadre d'un séminaire sur la méthodologie de transposition des actes communautaires. La seconde a été effectuée en Serbie, en vue de la participation à un colloque sur le thème du droit et de la culture démocratique.

Amériques

Dans le cadre de ses échanges réguliers avec la Cour suprême des États-Unis, le Conseil d'État a reçu trois juges de la Cour suprême ; une séance de travail présidée par le Vice-Président a permis des échanges approfondis entre les deux institutions, en particulier sur le concept de la « discrimination positive » dans le droit des deux États.

Par ailleurs, le Conseil d'État a accueilli une délégation d'anciens élèves et professeurs de la Columbia University.



Le Conseil d'État a manifesté sa volonté de consolider les liens étroits qui l'unissent aux pays d'Amérique du Sud. Le Secrétaire général du Conseil d'État a ainsi effectué une mission d'appui à Rio de Janeiro et Brasilia (Brésil) pour participer à un séminaire sur la transformation du rôle et du fonctionnement de l'État et de l'Administration publique d'une part, pour identifier des pistes de coopération avec les autorités fédérales, en matière juridictionnelle et administrative, d'autre part.

Le Conseil d'État a par ailleurs répondu aux demandes d'informations et d'échanges sur la juridiction administrative émanant de juristes d'Argentine, du Brésil, et d'Uruguay : l'organisation et le rôle du Conseil d'État ont été exposés à un juge argentin aux affaires criminelles auprès du Tribunal de première instance de la municipalité de Matanza, à trois procureurs du Parquet du Tribunal des comptes brésilien et à un assistant parlementaire uruguayen.

Afrique

En 2003, les échanges ont été fréquents avec les pays d'Afrique noire et d'Afrique du Nord, s'inscrivant dans une coopération bilatérale soutenue nouée de longue date.

C'est ainsi qu'une délégation gabonaise, composée du ministre chargé des Relations avec le Parlement, du Secrétaire général du Gouvernement, du secrétaire général du ministère chargé des Relations avec le Parlement et du trésorier payeur général, a été reçue au Palais-Royal pour des échanges sur le thème du contrôle budgétaire des institutions administratives indépendantes. En outre, de nombreuses personnalités africaines ont été accueillies au Conseil d'État : deux conseillers de la Cour constitutionnelle du Bénin, dix membres de la Cour suprême béninoise conduits par leur Président ainsi que le directeur du Conseil de la Convention nationale kenyane.

Le Conseil d'État a également organisé des séances d'information au bénéfice d'une délégation de cinq membres de la Cour constitutionnelle béninoise conduite par son Vice-Président, de l'avocat général à la Cour suprême congolaise, du Président de la Chambre administrative de la Cour suprême de la République de Côte-d'Ivoire ainsi que d'un conseiller d'État sénégalais en service extraordinaire et conseiller technique du Président de la République ; au cours du séjour de ce dernier, les conditions d'une coopération renforcée avec la Côte d'Ivoire ont été examinées dans la perspective de la mise en place effective d'un Conseil d'État.

Enfin, la coopération franco-africaine a été marquée par la mission accomplie par un membre du Conseil d'État à Bangui pour réaliser une étude des institutions de la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale.

La coopération juridique avec les pays du Maghreb s'est poursuivie à un rythme soutenu. Héritière de la tradition juridique française, l'Algérie a, cette année encore, année de l'Algérie, montré un vif intérêt pour l'organisation administrative française. Le Vice-Président, accompagné du Secrétaire général, y a été accueilli pour une mission à Alger marquée par une confé-



rence sur les missions consultatives du Conseil d'État, et par des rencontres avec le Chef du gouvernement algérien, le ministre de la Justice et le Président du Conseil constitutionnel algérien.

L'intérêt de l'Algérie pour sa coopération avec le Conseil d'État a été marqué également par les visites au Palais-Royal de la Présidente du Conseil d'État algérien, du directeur général de la Fonction publique et d'une délégation du Conseil constitutionnel algérien ainsi que par l'accueil de membres du Conseil d'État et de la Cour suprême d'Algérie.

De nouveaux contacts ont été établis avec le Maroc. Le Secrétaire général du Gouvernement marocain a été reçu par le Vice-Président, pour évoquer un important programme pluriannuel de coopération. La visite d'une délégation de cinq membres de la Cour suprême marocaine conduite par le Premier Président a été l'occasion d'échanges sur le rôle et le fonctionnement du Conseil d'État français, en particulier au regard de celui de la Cour suprême marocaine. Par ailleurs, dans le cadre d'un colloque international sur les autorités indépendantes, une mission a été effectuée par un conseiller d'État à Rabat.

La coopération avec la Tunisie s'est traduite par une mission d'appui accomplie par un membre du Conseil d'État pour animer une table ronde sur les perspectives d'évolution de la fonction publique.

Proche-Orient

La coopération avec les pays du Proche-Orient s'est poursuivie en 2003 grâce à la venue en France de délégations de hauts fonctionnaires du Koweït et du Liban. Des personnalités éminentes ont également été reçues au Palais-Royal : le Président de la Cour de cassation et du Conseil supérieur de la magistrature de Jordanie et le directeur de l'Institut de formation des juges de ce même pays, le nouvel ambassadeur de la République islamique d'Iran. Par ailleurs, un conseiller de tribunal administratif a été détaché auprès du ministère des Affaires étrangères pour assister l'Autorité palestinienne dans la création d'une juridiction administrative.

Asie et Pacifique

Les relations entre le Conseil d'État et les pays d'Asie et du Pacifique ont été caractérisées en 2003 par deux événements particulièrement marquants :

– le dixième anniversaire de la maison franco-vietnamienne du droit célébré à Hanoï, au début de février, en présence des ministres de la Justice vietnamien et français. À cette occasion, s'est tenue la dixième session du Comité de gestion de cette maison, au cours de laquelle il a été en particulier décidé de procéder à une évaluation conjointe des activités conduites depuis dix ans. À noter qu'au titre de 2003, la participation du Conseil d'État aux travaux de la maison franco-vietnamienne du droit s'est traduite par l'expertise d'un projet



de décret sur la responsabilité civile des agents publics et d'un projet de loi sur le statut des entreprises. Le Conseil d'État français qui entretient, depuis longtemps, des relations privilégiées avec le Vietnam a accueilli deux délégations, l'une de plusieurs conseillers du Premier ministre, l'autre de membres du département des réclamations des citoyens de l'Assemblée nationale ;

– le déplacement en novembre du Vice-Président du Conseil d'État, accompagné du Secrétaire général, dans deux pays de la zone : la Thaïlande, où il a visité les principales institutions avec lesquelles le Conseil d'État conduit une coopération régulière : Cour administrative suprême, Conseil d'État, université de Thammasat, et où il a pu conforter le projet d'une association des juristes de Thaïlande et de France ; le Vietnam, où il a ouvert le colloque de l'Association Henri-Capitant consacré au droit de propriété et fait le point sur la participation du Conseil d'État aux travaux de la maison franco-vietnamienne du droit.

Outre la visite précitée, le concours du Conseil d'État à la coopération administrative française avec la Thaïlande, partenaire fidèle du Conseil d'État et qui s'est inspirée du modèle administratif français, s'est traduit par l'accueil de trois délégations de magistrats : huit membres de la Cour suprême conduits par le Président de celle-ci, vingt-quatre magistrats de la juridiction administrative conduits par le Vice-Président de la Cour administrative suprême et dix-huit juges de la Cour suprême conduits par le Haut juge du département fiscal.

La Chine continue, d'année en année, de manifester un intérêt croissant pour le Conseil d'État et, plus généralement, pour le modèle administratif français dont elle s'est inspirée.

En 2003, pas moins de cinq délégations de personnalités chinoises ont été accueillies au Conseil d'État et se sont entretenues avec des membres de cette institution : en premier lieu, une délégation de hautes personnalités conduite par un Vice-Premier ministre, qui a été reçue par le Vice-Président, plusieurs membres de la Commission des affaires législatives du Congrès national du peuple de Pékin, divers membres du Bureau des affaires législatives du Conseil des affaires d'État, un groupe de hauts fonctionnaires du cycle de qualification de l'École nationale d'administration de la Chine, plusieurs fonctionnaires de la Commission d'État pour le développement de la réforme.

Dans le même esprit de coopération, le Conseil d'État est associé depuis 1997 à l'organisation de séminaires entre les États de l'ASEM sur les droits de l'homme ; un conseiller d'État est coorganisateur de ces manifestations avec le Président de l'Institut Raoul Wallenberg (Suède). Ces séminaires réunissent des représentants de tous les États de l'Union européenne et de l'ASEAN (Indonésie, Singapour, Brunei, Thaïlande, Malaisie, Philippines, Vietnam) ainsi que la Chine, le Japon et la Corée, ainsi que des universitaires et des organisations non gouvernementales venant de ces pays. Une réunion sur les « *relations économiques et les droits de l'homme* » s'est tenue à Lund (Suède) en mai 2003. Une prochaine réunion qui se tiendra en 2004 à Shanghai (Chine) est en préparation ; elle sera consacrée aux migrations internationales.



Un professeur indonésien du Centre d'études constitutionnelles de l'université Indonesia, intéressé par le rôle et le fonctionnement du Conseil d'État, a été reçu au Palais-Royal.

En parallèle, une mission a été effectuée en Indonésie par un conseiller d'État, à la demande des autorités indonésiennes, pour participer à l'organisation de conférences destinées à de hauts responsables de l'administration sur le thème du statut de la fonction publique, et notamment de l'encadrement, et plus largement sur le fonctionnement de l'administration publique.

Deux représentants malais, l'un conseiller au Cabinet du Vice-Premier ministre, l'autre député, ont permis de nouer d'utiles contacts avec la Malaisie.

Enfin, le directeur exécutif d'un important Centre sri-lankais d'études et de recherches en matière de fonctionnement des institutions politiques, de réformes et de conduite des politiques publiques a été reçu pour des échanges sur le rôle et le fonctionnement du Conseil d'État.



Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État

L'activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État, créée il y a cinq ans, s'est poursuivie à un rythme particulièrement soutenu en 2003.

En premier lieu, la cellule s'est efforcée de répondre au plus vite (72 heures au maximum) et au mieux aux questions juridiques dont elle a été saisie par les membres de Conseil d'État. Le nombre de ces dernières s'est fortement accru pour s'établir à plus de 200, soit trois fois le chiffre de l'année précédente (sans compter les multiples demandes de communication d'actes ou de documents). Leur nature et leur portée impliquent une complexification croissante des réponses qu'elles appellent, ainsi que des recherches et travaux nécessaires pour répondre à ces questions.

Au-delà des problèmes classiques relatifs à la technique de transposition des directives, à la procédure de notification de mesures fiscales ou sociales susceptibles de constituer des aides d'État ou à la nécessité d'interroger à titre préjudiciel la Cour de justice des Communautés européennes, le traitement des questions posées s'avère, en effet, toujours plus délicat :

- en raison de leur *ampleur* : traité d'adhésion de dix nouveaux États membres ; nature et portée de la procédure préjudicielle de l'article 234 du traité CE ; portée du principe de primauté ; méthodes d'interprétation des textes par le juge communautaire ; statut des collectivités d'outre-mer au regard des traités UE et CE... ;
- du fait de leur *nouveauté* ou de leur *technicité* : taxes parafiscales et droit communautaire ; notion d'entreprise au sens du traité CE ; protection communautaire des droits de l'enfant ; droit communautaire et droit national relatif à l'asile ; financement des services d'intérêt économique général ; libre circulation des marchandises et protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ; interprétation des conséquences résultant, en droit national, de l'évolution du droit communautaire relatif aux nouvelles technologies de l'information et de la communication ; respect de la langue française dans l'ordre juridique communautaire ; œuvres sociales des administrations, régimes de retraites complémentaires et droit de la concurrence ou des aides... ;
- eu égard à leur *caractère pluridisciplinaire* : s'est trouvé posé à plusieurs reprises le problème de l'articulation délicate du droit national avec tout à la fois le droit communautaire, l'ordre juridique issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le droit international public, notamment pour des conventions bilatérales conclues avec des États ayant vocation à adhérer à l'Union européenne en 2004.



Comme les années précédentes, mais dans une moindre mesure, les questions posées émanent davantage des membres des formations consultatives du Conseil d'État que de ceux de la Section du contentieux. Elles traduisent un investissement croissant des membres du Conseil d'État dans le droit communautaire, déjà souligné dans les précédents rapports.

En deuxième lieu, le bulletin de la cellule de droit communautaire, ayant désormais acquis sa présentation définitive, a été, au cours de l'année 2003, adressé mensuellement et régulièrement, sur support papier ou en version électronique, non seulement aux membres du Conseil d'État, mais aussi à ceux des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs. La première partie du bulletin, consacrée à un résumé et à une analyse des principaux arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes, a été particulièrement riche, en raison du nombre élevé d'arrêts de grand plénum rendus par la Cour, lui-même dû au renouvellement partiel des juges la composant ; les deuxième et quatrième parties, permettant de prendre rapidement connaissance de la vie des institutions communautaires et des projets politiques ou juridiques en cours, ont été également très fournies en 2003, au regard de l'importance de l'actualité communautaire : travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe ; projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe ; tensions entre les États membres et les Institutions européennes relatives à la portée du pacte de stabilité budgétaire et de croissance, ou à l'application du droit communautaire des aides publiques ; la troisième partie, sélection des principaux textes publiés au journal officiel des Communautés européennes, témoigne de la prolifération normative dans l'ordre juridique communautaire.

En troisième lieu, la cellule de droit communautaire a continué d'exercer un rôle important dans la formation de nombreux étudiants effectuant des stages au Conseil d'État et dans l'accueil de plusieurs délégations ou personnalités, notamment des pays d'Europe centrale ou orientale ayant vocation à adhérer à l'Union européenne, en 2004 ou 2007.

En quatrième lieu, elle a été associée étroitement à l'étude réalisée par la Section du rapport et des études, à la demande du Premier ministre, sur le thème « collectivités territoriales et obligations communautaires », ainsi qu'à l'élaboration de la partie européenne des considérations générales du rapport annuel 2004, « Un siècle de laïcité ».

En cinquième et dernier lieu, le responsable de la cellule a continué de s'efforcer de participer au rayonnement du Conseil d'État dans l'ordre juridique communautaire : d'abord, en présentant des interventions dans des colloques, en dispensant des enseignements dans différentes grandes écoles, universités ou instituts régionaux d'administration ; ensuite, en entretenant avec la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes un échange constant de réflexions et d'informations portant tout à la fois sur le fond du droit et sur les sources documentaires relatives à l'évolution du droit communautaire, européen et national ; enfin, à l'occasion du débat relatif au projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, en organisant une réunion informelle d'information entre des membres du Conseil d'État, des parlementaires européens et des membres de la Convention sur l'avenir de l'Europe.



Bilan des formations



Formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel

Les modifications des conditions de candidature pour le concours de recrutement des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel ont conduit à l'organisation de trois stages de formation initiale. Le premier, du 1^{er} avril au 30 septembre, comptait 19 stagiaires, le second du 1^{er} juillet au 20 décembre regroupait 16 conseillers dont deux magistrats algériens, le troisième, à l'intention des 40 candidats au concours de recrutement complémentaire, a débuté le 1^{er} octobre et se terminera à la fin du mois de mars 2004. Au total 75 magistrats ont suivi ou suivent le stage de formation initiale.

Le programme de chaque stage est désormais établi par le Comité de coordination de la formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel présidé par M. Bernard Stirn, Président adjoint de la Section du contentieux. Le programme des deux premiers stages est identique et organisé autour de trois activités principales : des conférences à thèmes (100 heures), la participation à des sous-sections de formation (45 heures) et la participation aux travaux des sous-sections contentieuses du Conseil d'État. Les conférences sont toutes assurées par des membres du Conseil d'État et des magistrats des juridictions administratives.

Le programme du troisième stage comporte une première partie destinée à mieux faire connaître aux stagiaires l'administration et son environnement ; cette partie s'organise elle-même en deux, une série de conférences et un stage pratique dans une administration. La deuxième partie du stage reprend le programme des deux stages précédents.

Formation continue des magistrats des juridictions administratives

Sur les dix-sept stages programmés pour l'année 2003, quatorze ont été réalisés. Ils ont tous été animés par des membres du conseil d'État et des juridictions administratives. Ils ont réuni au total 197 magistrats. De plus, le Conseil d'État a assuré la participation de 7 magistrats à des actions de formation



mises en œuvre par des organismes extérieurs. Au total, les magistrats ont donc suivi l'équivalent de 204 journées de formation. Il est à noter que toutes les demandes ont été satisfaites, aucun magistrat n'a été refusé à un stage.

Cinq stages organisés par l'École nationale de la magistrature ont été ouverts aux magistrats administratifs, quinze d'entre eux ont suivi ces formations.

Formation des agents de greffe des juridictions administratives

Sur les quinze stages programmés, douze ont été réalisés, dont un en province. Ils ont regroupé 289 agents autour de trois thèmes principaux :

- l'**accueil des agents nouvellement nommés** : trois stages d'une semaine ont été organisés vu le nombre important d'agents qui ont intégré les juridictions administratives. Ce stage a pour but de faire connaître les juridictions administratives et de donner les bases du vocabulaire juridique ;
- l'**adaptation** aux fonctions occupées par certains agents, en particulier les agents chargés de la gestion financière et comptable ;
- une **formation juridique** par l'organisation de stages couvrant les principaux aspects du contentieux administratif.

Ces stages sont très demandés par les agents, 391 d'entre eux ont été candidats, seuls 289 ont été retenus en 2003 ; le programme se poursuit en 2004 et les agents non retenus en 2003 deviennent prioritaires.

Ce bilan n'intègre pas la participation des agents de greffe des juridictions administratives aux stages organisés par le ministère de l'Intérieur et par les préfetures.

Par ailleurs, seize agents bénéficient de la préparation, financée à 75 % par le Conseil d'État, au concours de recrutement complémentaire de conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, assurée par le CNED. De plus, un entraînement à ce concours a été organisé au Conseil d'État, quatorze agents y ont participé.

Formation des agents du Conseil d'État

La formation des agents du Conseil d'État a été réorganisée en 2003 en fonction des observations formulées lors de la réunion annuelle du Comité de pilotage et d'orientation de la formation. Elle est organisée en trois parties :

- des stages d'accueil des agents nouvellement nommés (5 agents) ;
- des stages communs avec les stages organisés pour les agents de greffe (27 agents) ;
- des préparations pour tous les concours administratifs et examens professionnels organisés pour les agents du Conseil d'État (55 agents ont suivi les



préparations pour six concours, non comprise la préparation au concours de conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel).

Formation aux divers logiciels informatiques

Le service informatique du Conseil d'État a assuré plusieurs types de formation aux divers logiciels installés dans les juridictions administratives.

Pour les magistrats et les agents de greffes : logiciel Skipper : 12 ; logiciel Jade : 8 ; Ariane et poste rapporteur : 280.

Pour les agents du Conseil d'État : logiciel Fidel : 46 ; logiciel Virtualia : 24.

Pour l'ensemble des personnels, une formation aux divers logiciels bureautiques (Word, Excel et Outlook) a concerné 145 personnes.

Formation des membres des comités d'hygiène et de sécurité

Une formation d'une semaine pour les douze agents chargés de la mise en œuvre (ACMO) de l'hygiène et de la sécurité au Conseil d'État et dans les juridictions administratives a été assurée. De plus deux sessions de formation aux « premiers secours » ont été organisées pour dix-sept agents du Conseil d'État.



**Activité de la Mission
permanente d'inspection
des juridictions
administratives**

Mission permanente d'inspection des juridictions administratives

Les articles L. 112-5, R. 112-1 et R. 231-4 du Code de justice administrative prévoient que le contrôle de l'activité des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est exercé, sous l'autorité du Vice-Président du Conseil d'État, par la mission permanente d'inspection des juridictions administratives.

En outre, les dispositions de l'article L. 232-2 du même code prévoient que le chef de cette mission permanente est membre du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (CSTA), qu'il préside de plein droit en cas d'empêchement du Vice-Président du Conseil d'État. Il est par là même associé à la gestion du corps : chaque fois que le Conseil supérieur est appelé à faire des propositions relatives à l'évolution de la carrière des magistrats (recrutements au tour extérieur, détachements dans le corps, intégrations dans le corps après détachement, inscriptions au tableau d'avancement, désignations aux fonctions de commissaire du gouvernement, mesures disciplinaires), le chef de la mission permanente donne son avis écrit.

Il est également consulté sur les demandes de détachement hors du corps et les mises à disposition. Il note chaque année les présidents de tribunal administratif. Il lui revient enfin de présider le jury du concours annuel de recrutement complémentaire dont la loi d'orientation et de programmation n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 a prorogé l'existence jusqu'en 2007.

L'ensemble de ces dispositions et la tradition ont conduit à associer étroitement des activités dont la finalité est de suivre et dévaluer l'activité des juridictions et de leurs magistrats, à des fonctions de coordination avec les services chargés de gérer les tribunaux et les cours administratives d'appel, dont l'action est décrite par ailleurs dans le rapport.

Au titre de l'évaluation, la Mission permanente d'inspection a, au cours de l'année 2003, procédé à l'inspection de sept tribunaux administratifs (Versailles, Montpellier, Melun, Lyon, Strasbourg, Poitiers et Rennes) et de trois cours administratives d'appel (Marseille, Bordeaux et Lyon).

Au moment où les cours administratives d'appel se voyaient dotées de moyens supplémentaires dans le cadre de contrats d'objectifs ambitieux, il était opportun de faire davantage porter sur elles le regard de la Mission permanente.

Ces inspections ont continué comme par le passé à être conduites pendant deux jours par une équipe de deux à quatre membres de la Mission, passant en revue l'ensemble du fonctionnement des juridictions et s'entretenant avec tous



les magistrats, les greffiers en chef et les greffiers de chambre. L'esprit dans lequel elles sont menées relève plus de l'évaluation en commun que du contrôle et c'est d'ailleurs de cette façon qu'elles sont perçues.

Le programme d'inspection de l'année 2003 n'a pas comporté d'investigations portant sur des juridictions spécialisées relevant du Conseil d'État par la voie du recours en cassation. La section disciplinaire de l'ordre des médecins est au programme de l'année 2004.

Le chef de la Mission permanente d'inspection a, comme par le passé, eu d'autres occasions de visiter les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, notamment à l'occasion des visites du Vice-Président du Conseil d'État ou des manifestations organisées dans les juridictions et intéressant l'ensemble du corps. Ces déplacements ont concerné les tribunaux administratifs de Paris, Clermont-Ferrand, St.-Denis-de-la-Réunion, Orléans, Amiens et Grenoble et la cour administrative d'appel de Douai.

Il faut rapprocher de ces tâches de suivi et d'évaluation les contacts qui s'établissent plus ponctuellement entre les chefs de juridiction et le chef de la Mission, notamment lorsque celui-ci est saisi de réclamations des justiciables invoquant les difficultés qu'ils rencontrent dans l'examen de leurs requêtes. Ces réclamations sont toujours suivies de réponse, même lorsqu'elles apparaissent, à l'analyse, injustifiées.

Au titre de la gestion des tribunaux et des cours, ainsi que du corps des magistrats, le chef de la Mission permanente d'inspection a continué à être associé à l'ensemble des décisions, en participant aux réunions de coordination organisées au niveau du Secrétariat général du Conseil d'État, notamment pour préparer les séances du Conseil supérieur. Il a participé en outre aux divers comités spécialisés dans la mise en œuvre des programmes de formation des personnels ou du schéma directeur en matière d'informatique, ainsi qu'aux groupes de travail chargés d'étudier les modifications des règles de la procédure contentieuse.

Il a assuré la présidence d'un groupe de travail chargé de la mise à jour des outils de travail (formulaires et bibliothèques de paragraphes) mis à la disposition des magistrats. Ces formulaires et paragraphes ont pu, à la fin de l'année 2003, être tous repris dans un format informatique harmonisé permettant une mise à jour des fichiers informatiques accessibles par les magistrats, au fur et à mesure des modifications nécessitées par l'évolution des textes et de la jurisprudence.



Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

L'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

Le nombre de requêtes nouvelles enregistrées devant les tribunaux administratifs a atteint en 2003 un niveau jamais égalé par le passé, qui n'a pas pu être compensé par une augmentation à due proportion du nombre d'affaires définitivement jugées. Le ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées, qui depuis trois ans était supérieur à 100 %, est à nouveau retombé en deçà. Dès lors, par effet mécanique, le stock d'affaires en attente de jugement progresse sensiblement dans de nombreuses juridictions.

La situation des cours administratives d'appel s'est, en revanche, notablement améliorée au cours de l'année 2003, grâce notamment à la mise en œuvre des contrats d'objectifs passés avec chacune d'entre elles. L'augmentation importante du nombre d'affaires jugées devant ces juridictions, associée à une relative stabilisation du nombre d'affaires nouvelles qu'elles ont enregistrées, leur a permis d'afficher, pour la première fois depuis leur création, un ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées supérieur à 100 % et une diminution du nombre d'affaires en instance. Toutefois, le délai de jugement demeure important et l'effort entrepris devra être poursuivi, afin de permettre aux cours administratives d'appel de retrouver des délais de jugement acceptables.

L'activité des tribunaux administratifs en 2003

Affaires enregistrées

Les tribunaux administratifs ont enregistré près de 129 000 affaires nouvelles en données nettes, soit une progression de 14 % par rapport à l'année 2002. L'année 2003 constitue ainsi une année exceptionnelle, s'agissant du nombre des entrées. Cette hausse, inégalement répartie entre les juridictions, touche particulièrement des tribunaux tels que ceux de Marseille, de Bordeaux et de certains départements d'outre-mer.

Affaires réglées

Avec près de 127 000 dossiers réglés en données nettes, soit une augmentation de près de 7 % par rapport à l'année 2002, le nombre des affaires jugées par les tribunaux administratifs progresse sensiblement, mais dans une moindre proportion que celui des affaires enregistrées.



De ce fait, le ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées, qui s'établissait pour l'année 2002 à 111 % en données brutes et à 106 % en données nettes, n'atteint cette année que 97 % en données brutes et 99 % en données nettes.

Affaires en instance

Les tribunaux administratifs ayant globalement enregistré plus d'affaires nouvelles qu'ils n'ont rendu de décisions, le stock de requêtes en instance a légèrement progressé, pour s'élever désormais à 214 000 affaires en données brutes, soit une augmentation de 2 % par rapport à l'année précédente, et à 198 000 affaires en données nettes, soit une augmentation de 1 %.

Toutefois, la forte progression du nombre de sorties a permis d'améliorer légèrement le délai théorique d'élimination du stock, qui s'établit en données nettes, pour l'année 2003, à 1 an, 6 mois et 21 jours, contre 1 an, 7 mois et 27 jours pour l'année 2002.

Le délai moyen de jugement des affaires, calculé hors référés, de l'enregistrement à la notification, s'élève pour sa part à 1 an, 10 mois et 2 jours, soit une diminution d'un mois par rapport à celui constaté en 2002.

Tribunaux administratifs Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance Évolution 2003/2002

Affaires enregistrées	Données brutes			Données nettes		
	en 2002	en 2003	Évolution 2003/2002	en 2002	en 2003	Évolution 2003/2002
TA de métropole	113 718	132 137	+16,20 %	108 707	122 831	+12,99 %
TA d'outre-mer	4 388	5 923	+34,98 %	3 996	5 591	+39,91 %
Total	118 106	138 060	+16,89 %	112 703	128 422	+13,95 %

Affaires traitées	Données brutes			Données nettes		
	en 2002	en 2003	Évolution 2003/2002	en 2002	en 2003	Évolution 2003/2002
TA de métropole	126 443	129 702	+2,58 %	114 852	122 663	+6,80 %
TA d'outre-mer	4 358	4 777	+9,61 %	4 063	4 372	+7,61 %
Total	130 801	134 479	+2,81 %	118 915	127 035	+6,83 %

Affaires en instance	Données brutes			Données nettes		
	en 2002	en 2003	Évolution 2003/2002	en 2002	en 2003	Évolution 2003/2002
TA de métropole	203 662	206 326	+1,31 %	190 443	191 156	+0,37 %
TA d'outre-mer	6 406	7 534	+17,61 %	5 625	6 757	+20,12 %
Total	210 068	213 860	+1,81 %	196 068	197 913	+0,94 %



Tribunaux administratifs
Affaires enregistrées, affaires traitées
et affaires en instance par juridiction
Données nettes et évolution 2003/2002

Juridictions	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31/12	
	Total	Évolution 2003/2002	Total	Évolution 2003/2002	Total	Évolution 2003/2002
Amiens	2 605	-2,47 %	3 207	+19,31 %	4 396	-11,92 %
Bastia	1 007	+1,10 %	1 304	+2,19 %	780	-27,98 %
Besançon	1 530	+3,10 %	1 688	+22,50 %	1 900	-6,77 %
Bordeaux	4 255	+33,01 %	3 643	-0,25 %	4 735	+15,26 %
Caen	1 753	-0,62 %	1 605	-0,43 %	1 251	+13,32 %
Cergy-Pontoise	6 639	+11,41 %	4 993	-1,69 %	10 831	+16,84 %
Châlons en Champagne	2 053	+13,80 %	1 821	+13,32 %	3 825	+7,29 %
Clermont-Ferrand	1 734	+4,27 %	1 835	+7,81 %	1 661	-5,09 %
Dijon	2 380	+1,32 %	2 308	-34,69 %	2 051	+3,64 %
Grenoble	5 757	+19,61 %	4 884	+13,82 %	7 528	+13,80 %
Lille	5 532	+14,04 %	5 718	+8,69 %	7 472	-1,54 %
Limoges	1 203	+17,94 %	1 313	+5,21 %	1 729	-6,03 %
Lyon	5 880	+6,46 %	6 348	+1,71 %	7 464	-6,05 %
Marseille	10 873	+70,66 %	7 918	+33,37 %	16 605	+20,74 %
Melun	5 294	+12,11 %	5 233	+19,04 %	7 191	+1,05 %
Montpellier	6 049	+1,02 %	5 469	+17,08 %	13 965	+4,80 %
Nancy	1 860	+9,41 %	1 662	-3,76 %	1 666	+14,19 %
Nantes	4 371	+8,98 %	4 659	+0,39 %	7 154	-5,51 %
Nice	5 569	+3,76 %	5 445	+3,75 %	12 742	+4,57 %
Orléans	3 096	+7,95 %	3 130	+7,27 %	4 017	-0,81 %
Paris	18 640	+10,62 %	21 635	+10,46 %	35 611	-8,62 %
Pau	2 145	+18,44 %	2 194	+21,62 %	2 566	-2,84 %
Poitiers	2 488	+9,75 %	2 616	-1,80 %	2 242	-5,20 %
Rennes	4 211	+17,20 %	4 428	+12,04 %	7 826	+5,43 %
Rouen	2 531	-0,90 %	2 576	+11,61 %	5 051	-0,86 %
Strasbourg	4 605	+1,16 %	4 496	+5,89 %	6 080	+2,00 %
Toulouse	3 819	+5,97 %	4 113	+5,38 %	6 399	-5,26 %
Versailles	4 952	+13,76 %	6 422	-11,81 %	6 418	-18,74 %
Total métropole	122 831	+12,99 %	122 663	+6,80 %	191 156	+0,37 %
Basse-Terre	1 181	+53,78 %	817	+38,24 %	2 426	+16,75 %
Cayenne	611	+55,08 %	568	+17,60 %	899	+0,90 %
Fort de France	393	-5,98 %	333	-40,96 %	973	+9,57 %
Nouvelle-Calédonie	446	-32,42 %	505	-14,70 %	221	-25,08 %
Papeete	522	-11,82 %	608	+8,38 %	417	-18,40 %
Saint-Denis de la Réunion et Mamoudzou	2 420	+111,54 %	1 535	+22,21 %	1 799	+89,57 %
Saint-Pierre-et-Miquelon	18	-10,00 %	6	-62,50 %	22	+69,23 %
Total Outre-mer	5 591	+39,91 %	4 372	+7,61 %	6 757	+20,12 %
Total général global	128 422	+13,95 %	127 035	+6,83 %	197 913	+0,94 %



L'activité des cours administratives d'appel en 2003

Affaires enregistrées

Avec près de 15 700 dossiers en données nettes, le nombre d'affaires nouvelles enregistrées devant les cours administratives d'appel connaît une légère progression en 2003, qui s'établit à 2,5 % par rapport à 2002.

Toutefois, cette situation globale ne traduit pas fidèlement la réalité de chaque juridiction. En effet, deux cours administratives d'appel, celles de Douai et de Paris, voient leurs entrées progresser fortement en 2003, respectivement de 25,7 % et de 11,7 % en données corrigées des séries, tandis que les autres enregistrent soit une stabilisation, soit une baisse sensible de leurs entrées.

Affaires réglées

En application de la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002, le gouvernement a consenti un effort budgétaire important pour accroître les moyens des cours administratives d'appel, en contrepartie duquel ces juridictions ont pris des engagements relatifs au nombre d'affaires jugées, dans le cadre de contrats d'objectifs signés le 9 décembre 2002 entre chaque président de cour administrative d'appel et le Vice-Président du Conseil d'État. Ces efforts conjugués ont commencé à porter leurs fruits dès la première année d'application de la loi d'orientation et de programmation. Les juridictions du second degré ont ainsi réglé cette année 16 700 affaires en données nettes, soit une progression de 16,9 % par rapport à l'année 2002. En données brutes, les 17 900 arrêts rendus représentent une progression de 17,4 %.

Pour la première fois depuis leur création, les juridictions d'appel ont traité plus d'affaires qu'elles n'en ont reçues. Le ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées a ainsi progressé de plus de 12 points, pour atteindre cette année 107 %, contre 94 % en 2002.

Affaires en instance

Le stock d'affaires en instance, en raison de l'augmentation importante des sorties et de la relative stabilisation des entrées, a diminué de 3,2 % en données brutes et de 2,2 % en données nettes, avec 40 000 affaires en attente de jugement.

L'accroissement de l'activité des juridictions d'appel se traduit par une amélioration très sensible du délai théorique d'élimination du stock qui, avec 2 ans, 4 mois et 24 jours en données corrigées des séries, diminue de plus de 5 mois par rapport au délai constaté en 2002.

Pour les cours administratives d'appel, les résultats statistiques de l'année 2003 sont encourageants et témoignent du bien-fondé de la démarche engagée



par la signature des contrats d'objectifs. En effet, les objectifs définis pour cette première année d'application des contrats ont tous été atteints, voire dépassés.

La situation devrait encore s'améliorer dès l'année 2004. En effet, en premier lieu, les cours bénéficieront à nouveau, en application des contrats d'objectifs, de moyens supplémentaires. En deuxième lieu, le décret n° 2003-543 du 24 juin 2003, qui introduit l'obligation du ministère d'avocat en appel et supprime la voie de l'appel dans certaines matières relevant en première instance de la procédure du juge statuant seul, produira ses pleins effets. Enfin, la création d'une nouvelle cour administrative d'appel à Versailles, au 1^{er} septembre 2004, permettra d'alléger la charge reposant sur celle de Paris.

Cours administratives d'appel

Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance

Évolution 2003/2002, données détaillées par juridiction

Données brutes

Juridictions	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31/12	
	Total	Évolution 2003/2002	Total	Évolution 2003/2002	Total	Évolution 2003/2002
CAA Bordeaux	2 499	-8,70 %	2 849	+32,20 %	7 099	-4,65 %
CAA Douai	1 319	+22,58 %	1 617	+3,79 %	2 061	-12,19 %
CAA Lyon	2 124	-12,48 %	2 399	+11,32 %	7 288	-3,47 %
CAA Marseille	2 470	-3,74 %	2 481	+19,80 %	7 583	+0,11 %
CAA Nancy	1 296	-6,02 %	1 770	+20,16 %	4 476	-9,48 %
CAA Nantes	1 867	-3,81 %	2 531	+22,74 %	3 467	-15,54 %
CAA Paris	4 861	+9,70 %	4 252	+12,79 %	10 482	+6,00 %
Total	16 436	-0,73 %	17 899	+17,42 %	42 456	-3,19 %

Données nettes

Juridictions	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31/12	
	Total	Évolution 2003/2002	Total	Évolution 2003/2002	Total	Évolution 2003/2002
CAA Bordeaux	2 300	-8,04 %	2 604	+23,71 %	6 639	-4,38 %
CAA Douai	1 292	+25,68 %	1 599	+13,24 %	2 013	-12,78 %
CAA Lyon	2 037	-6,90 %	2 343	+17,56 %	6 622	-3,83 %
CAA Marseille	2 381	+1,80 %	2 328	+14,79 %	7 326	+2,35 %
CAA Nancy	1 288	-5,22 %	1 719	+27,81 %	4 413	-9,05 %
CAA Nantes	1 804	+0,78 %	2 296	+16,02 %	3 375	-12,29 %
CAA Paris	4 538	+11,72 %	3 811	+11,47 %	9 670	+7,77 %
Total	15 640	+2,44 %	16 700	+16,94 %	40 058	-2,22 %



Activité des juridictions spécialisées

Commission des recours des réfugiés

État statistique de l'activité de la Commission pour l'année 2003

En 2003 la Commission a enregistré **44 201** recours contre **31 502** en 2002, 26 140 en 2001, 20 124 en 2000 et 15 687 en 1999. La hausse annuelle est ainsi de 40 % en 2003 / 2002, contre 20 % en 2002 / 2001, 30 % en 2001 / 2000 et 28 % en 2000 / 1999. La hausse entre 1999 et 2003 est de près de 200 %. Le mouvement observé depuis 1999 après trois années de stabilité (13 500 recours/an en 1996, 1997 et 1998) s'est donc non seulement confirmé mais amplifié en 2003, comme le laissait d'ailleurs prévoir l'augmentation des demandes enregistrées (+2 %) et des décisions rendues par l'OFPRA.

Cette évolution concerne l'ensemble des demandes présentées devant la Commission, à l'exception toutefois des demandes malienne (-61 %), haïtienne (-56 %), sri-lankaise (-35 %), algérienne (-38 %) et chinoise (-18 %). Avec près de 2 000 dossiers enregistrés, la demande chinoise reste encore élevée mais sa part dans l'ensemble des affaires a diminué considérablement, passant de 23 % en 2000 à 4 % en 2003. Cette demande est désormais dépassée par les demandes turques (4 705 affaires en hausse de 30 %), et les demandes de la République démocratique du Congo (5 508 recours, nombre supérieur de 48 % à celui de 2002).

Il convient également de relever la hausse importante des recours formés :

- *s'agissant du continent africain* : outre par les ressortissants de la République démocratique du Congo, par ceux du Congo-Brazzaville (1 652 recours contre 1 373 en 2002 soit une augmentation de 20 %) et de la Mauritanie (2 598 recours contre 1 649 en 2002 soit une augmentation de 57 %) ;
- *s'agissant de l'Europe* : par les ressortissants de certains pays issus de l'éclatement de l'Union soviétique et, en particulier de la Géorgie (1 136 recours contre 740 affaires en 2002 soit une augmentation de 53 %).

Au total, les recours restent concentrés sur un nombre limité de nationalités, les dix premières d'entre elles constituant près de 50 % des recours (République démocratique du Congo, Turquie, Mauritanie, Chine, Congo-Brazzaville, Sri-Lanka, Géorgie, Algérie, Angola et Mali).

En 2003, la Commission des recours a rendu **29 502** décisions contre **23 916** en 2002, soit une augmentation de 24 %. Cette progression soutenue qu'ont permise



les recrutements opérés en 2003 et la création de trois nouvelles sections témoignent d'un niveau d'activité de la Commission en progression constante.

Le pourcentage d'annulation des décisions du directeur de l'OFPRA a augmenté pour atteindre 11,44 % en 2003 contre 9,4 % en 2002 et 10,56 % en 2001, ce qui représente 3 377 décisions de reconnaissance de la qualité de réfugié contre 2 255 en 2002 et 2 336 en 2001.

Au cours de l'année 2003, les Sections réunies ont rendu 7 décisions.

Il convient, par ailleurs, de mentionner que 4 458 affaires ont été réglées par ordonnance – la plupart pour irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance – ce qui représente 13,17 % des dossiers jugés, proportion identique à l'an dernier.

Au cours de l'année 2003, le bureau d'aide juridictionnelle a enregistré 6 955 demandes contre 7 440 en 2002 et 7 400 en 2001. Le bureau a néanmoins maintenu un rythme d'activité soutenu qui lui a permis de rendre 6 298 décisions définitives contre 7 518 en 2002 et 7 587 en 2001. Le nombre d'admissions a diminué pour s'établir en 2003 à 1 960 contre 2 537 en 2002, mais il représente encore plus du double de ce qui a été observé en 2000.

Ce phénomène est directement lié à la répartition par nationalités des requérants sollicitant l'aide juridictionnelle. En particulier, la part des demandes formées par les ressortissants haïtiens et algériens qui remplissaient généralement la condition d'entrée régulière et étaient donc très largement admis au bénéfice de l'aide juridictionnelle a connu une diminution très sensible.

Malgré l'augmentation significative du rythme d'examen des affaires, la balance entrées/sorties affiche un déficit de **14 699** dossiers. En effet, le maintien du rythme élevé d'examen des dossiers **1 775** séances en 2003 contre **1 229** séances organisées en 2002 et 1 000 en 2000 a conduit à un accroissement sensible du nombre d'affaires jugées, sans permettre toutefois de contenir la totalité du flux qui a progressé dans des proportions nettement plus importantes.

Au 31 décembre 2003, le nombre d'affaires en instance s'élevait à **35 328** et ce stock devrait s'accroître dans les mois à venir à mesure que se répercuteront sur la Commission les effets de l'augmentation de l'activité de l'Office liée à l'entrée en vigueur de la réforme de l'asile à compter du 1^{er} janvier 2004, et plus spécifiquement du guichet unique. Cette situation, d'ailleurs conforme aux projections établies en début d'année 2003, pose avec acuité la question de l'affectation durable de moyens supplémentaires en l'absence desquels il sera impossible d'empêcher un nouvel accroissement du stock.

Il convient de relever que l'augmentation des désignations d'avocats passée de 31 % sur l'année 2001 à 44 % en 2002 et 48 % en 2003 n'est pas sans incidence sur l'organisation des séances de la Commission. Ayant conduit à une réduction du nombre de dossiers enrôlés par séance de 22 dossiers à 18 depuis le 1^{er} novembre 2002, cette augmentation n'est restée, à ce jour, sans incidence sur le nombre d'affaires jugées qu'en raison d'une très nette diminution du taux de renvois qui est passé de 30 % à 22 % sur l'année 2002 et reste en 2003 en très légère diminution avec 21,6 %.



Éléments de jurisprudence

D'un point de vue jurisprudentiel, l'année 2003 constitue une première année de transition vers une harmonisation des critères retenus par les pays membres de l'Union européenne. Elle s'achève, dans la même voie, par l'adoption de la loi du 10 décembre 2003¹⁷, qui institue une nouvelle forme d'asile, la protection subsidiaire, et détermine de nouveaux critères d'application de la convention de Genève.

Sur les motifs de persécutions

Examinant la situation des enfants nés en méconnaissance de la législation chinoise sur le contrôle des naissances et non plus celle seulement de leurs parents, qui ne relève pas des stipulations conventionnelles du fait de l'application d'une législation générale et non discriminatoire¹⁸, les Sections réunies de la Commission ont estimé que si les circonstances entourant la naissance de la requérante pouvaient être regardées comme avérées, ni les pièces du dossier ni les déclarations faites en séance publique devant la Commission ne permettaient de tenir pour établies les persécutions alléguées de ce chef et pour fondées les craintes actuelles énoncées¹⁹. En outre, s'agissant toujours d'une ressortissante de la République populaire de Chine, le fait de ne pouvoir être mère d'un deuxième enfant ne saurait la faire regarder comme appartenant à un groupe social particulier au sens des stipulations de la convention de Genève²⁰.

La Commission a été amenée à se prononcer sur le motif d'un refus de protection opposé par les autorités publiques d'un État. Dans le cas de persécutions exercées par des particuliers et fondées sur l'un des motifs énumérés à l'article 1^{er} A 2 de la convention de Genève, la reconnaissance de la qualité de réfugié n'est pas subordonnée à ce que le refus de protection des autorités soit lui-même inspiré par un tel motif²¹. Dans la lignée de ce raisonnement, les Sections réunies de la Commission ont jugé que lorsque de telles persécutions ne reposent sur aucun fondement conventionnel, celles-ci ne peuvent être retenues que si l'attitude des autorités publiques encourageant ou tolérant volontairement ces agissements est inspirée par l'un des motifs de la convention de Genève²².

17 - Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003, modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.

18 - Confirmé par CE, 29 décembre 1993, 103546, *Cheng*.

19 - CRR, SR, 28 février 2003, 403402, *M^{lle} Xiaolin Wang*.

20 - CRR, 4 février 2003, 419781, *M^{me} Zhang ép. Yan*.

21 - CE, 24 février 1999, 181755, *Ait-Mohamed*, recueil de jurisprudence de la Commission, p. 67.

22 - CRR, SR, 17 octobre 2003, *M^{lle} M*.



Sur les auteurs de persécutions

Les formations de jugement de la Commission ont continué à tirer les conséquences de situations juridiques particulières nées de conflits. Tenant compte du temps écoulé depuis la signature des accords de Dayton et la division de la Fédération de Bosnie Herzégovine en deux entités, la Commission relève dans une espèce que nonobstant le fait qu'en raison de sa confession musulmane, le requérant pouvait être regardé comme craignant avec raison de subir des persécutions en cas de retour dans sa région d'origine, placée sous la juridiction de l'entité dite Republika Srpska où la sécurité de la communauté musulmane n'est pas encore assurée²³, il résultait de l'instruction qu'il avait fixé l'ensemble de ses centres d'intérêts dans l'entité dite Fédération de Bosnie Herzégovine depuis 1995 où il résidait de manière continue et régulière²⁴.

En ce qui concerne le Kosovo, les Sections réunies de la Commission ont entériné une première hypothèse d'asile interne en estimant que si la sécurité de la communauté albanaise n'était pas encore assurée dans la zone de Mitrovica – nord, il lui était cependant possible de trouver normalement refuge au sud de Mitrovica, zone placée sous le contrôle effectif des autorités internationales investies du pouvoir au Kosovo²⁵. En application de cette jurisprudence, un membre de la communauté albanaise du Kosovo de Mitrovica ayant des craintes fondées en cas de retour dans la partie nord de la ville mais ayant pu normalement trouver refuge dans son village d'origine et ayant exercé une activité professionnelle dans le sud de Mitrovica ne peut être reconnu réfugié au sens de la convention de Genève²⁶.

Sur la date des persécutions

La Commission a précisé les conditions dans lesquelles elle s'appuie, pour reconnaître le bénéfice de la qualité de réfugié, sur la gravité exceptionnelle des persécutions, antérieures à un changement de circonstances politiques à l'issue duquel le demandeur ne peut être regardé comme ayant des craintes actuelles de persécutions. Elle a notamment relevé dans une espèce que les persécutions que la requérante déclarait avoir subies ainsi que sa famille de la part des autorités Khmers Rouges ne pouvaient être regardées, en particulier en raison du fait qu'elle avait quitté son pays de nombreuses années après les faits, comme constituant des persécutions d'une exceptionnelle gravité justifiant son refus de se réclamer de la protection des autorités actuellement en place²⁷.

23 - CRR, SR, 3 juillet 1998, 318531, *Kenjalo*, recueil annuel de jurisprudence de la Commission, p. 11.

24 - CRR, 5 février 2003, 384350, *Kovac*.

25 - CRR, SR, 18 avril 2003, 401932, *Morina*.

26 - CRR, 3 septembre 2003, 423849, *Hasani*.

27 - CRR, 22 mai 2003, 423998, *M^{lle} Nol*.



Sur l'application du principe de l'unité de famille

Dans le souci de préserver l'unité de la cellule familiale du réfugié, les Sections réunies de la Commission ont admis que la date à prendre en considération pour apprécier les droits de la veuve d'un réfugié statutaire n'était pas, comme dans le cas de la rupture par une séparation volontaire ou un divorce, celle à laquelle il est statué sur la demande du second conjoint mais, comme dans le cas des enfants mineurs, celle de l'entrée sur le territoire français dans le but de s'y établir avec le premier conjoint²⁸. Conformément à la jurisprudence *Agyepong*²⁹, des conjoints séparés pendant plusieurs années mais dont l'union n'avait pas été dissoute légalement demeurent fondés à se prévaloir du principe de l'unité de famille³⁰.

Sur les clauses d'exclusion

La Commission s'est prononcée pour la première fois sur la responsabilité morale d'un membre fondateur et membre du Comité Central de l'ancien PKK³¹, dans les agissements de ce dernier, et a estimé qu'il existait des raisons sérieuses de penser que son organisation ayant usé de méthodes terroristes contre la population civile, il avait nécessairement participé à la prise de décisions ayant conduit à des actes pouvant être regardés comme des crimes graves de droit commun au sens de l'article 1^{er} Fb, sans que ses activités diplomatiques et sa participation à des négociations pour le compte du PKK permettent de le regarder comme s'étant désolidarisé des buts et des moyens employés par ce mouvement³². Dans le même esprit, un pourvoyeur de fonds, ayant assuré, en toute connaissance de cause, le financement logistique d'individus qui se sont eux-mêmes rendus coupables de crimes graves de droit commun est exclu du bénéfice des stipulations conventionnelles³³.

Sur les conséquences de l'application des critères retenus par la loi du 10 décembre 2003

Au terme de l'article 2, III de la loi du 25 juillet 1952, tel qu'il résulte des modifications introduites par la loi du 10 décembre 2003, les persécutions prises en compte dans l'octroi de la qualité de réfugié et les menaces graves pouvant donner lieu au bénéfice de la protection subsidiaire peuvent être le fait des autorités de l'État, de partis ou d'organisations qui contrôlent l'État ou une partie substantielle du territoire de l'État, ou d'acteurs non étatiques, dans la mesure où les autorités définies à l'alinéa suivant refusent ou ne sont pas en mesure d'offrir une protection. La Commission devrait être ainsi conduite à abandonner la jurisprudence selon laquelle des persécutions exercées par des particuliers ne peuvent être retenues que si elles sont en fait encouragées ou

28 - CRR, SR, 9 janvier 2003, 410859, *Mallawa Arachchige veuve Katugampala*.

29 - CE, Ass, 2 décembre 1994, *M^{me} Agyepong*, Leb. p. 523.

30 - CRR, 19 septembre 2003, 418055, *M^{me} Ngalula Tshiandanda Bukassa*.

31 - Parti des travailleurs du Kurdistan, actuel Kadek.

32 - CRR, SR, 9 janvier 2003, 362645, *Altun*.

33 - CRR, 9 janvier 2003, 406014, *Awobajo*.



tolérées volontairement par l'autorité publique, de sorte que l'intéressé n'est pas effectivement en mesure de se réclamer de la protection de celle-ci ³⁴, et celle selon laquelle son incapacité à les prévenir ne constitue pas une tolérance volontaire desdits agissements ³⁵.

Au cours de l'année nouvelle, la Commission pourra rejeter la demande d'asile d'une personne qui aurait accès à une protection sur une partie du territoire de son pays d'origine si cette personne n'a aucune raison de craindre d'y être persécutée ou d'y être exposée à une atteinte grave et s'il est raisonnable d'estimer qu'elle peut rester dans cette partie du pays ³⁶.

Enfin, elle sera amenée à accorder le bénéfice de la protection subsidiaire à toute personne qui ne remplit pas les conditions d'octroi du statut de réfugié énoncées à l'alinéa précédent et qui établit qu'elle est exposée dans son pays à l'une des menaces graves suivantes :

- a) la peine de mort ;
- b) la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants ;
- c) s'agissant d'un civil, une menace grave, directe et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence généralisée résultant d'une situation de conflit armé interne ou international ³⁷.

34 - CE, 27 mai 1983, Section, 42074, *Dankha*, Leb. p. 220.

35 - CE, 22 novembre 1996, 167194, *Messara*.

36 - Article 2, III, troisième alinéa de la loi du 25 juillet 1952 modifiée.

37 - Article 2, II de la loi du 25 juillet 1952 modifiée.



Vue d'ensemble de l'activité des juridictions spécialisées

	2002			2003		
	Affaires entrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31/12	Affaires entrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31/12
Juridictions sociales :						
Commission nationale du contentieux de la tarification sanitaire et sociale	74	42	385	121	19	487
Commission centrale d'aide sociale	2 444	2 928	2 966	2 578	2 744	2 800
Commission supérieure des soins gratuits	14	20	4	10	12	2
Juridictions disciplinaires :						
Section disciplinaire du conseil national de l'ordre des médecins	378	502	186	301	397	90
Section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des médecins	186	303	122	177	201	98
Section disciplinaire du conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes	113	114	70	54	98	26
Section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes	60	51	27	65	63	29
Section disciplinaire du conseil national de l'ordre des pharmaciens	64	66	45	56	66	35
Section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des pharmaciens	27	14	22	12	23	11
Chambre supérieure de discipline de l'ordre des vétérinaires	20	23	12	26	23	15
Chambre nationale de discipline des architectes	36	46	95	25	58	62
Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts	3	6	0	5	5	0
Commission nationale d'inscription et Chambre nationale de discipline des commissaires aux comptes	22	21	8	14	15	7
Chambre nationale de discipline de l'ordre des experts-comptables ⁽¹⁾	9	13	17	12	10	19
Autres juridictions :						
Commission des recours des réfugiés	31 502	23 916	20 629	44 201	29 502	35 328
Commission spéciale de la taxe d'apprentissage	219	187	111	185	212	84

(1) Statistiques établies pour la période du 01/07/02 au 30/06/03.



Avis du Conseil d'État en 2003

Avis du Conseil d'État en 2003

En vertu de l'article L. 112-2 du Code de justice administrative, « le Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ».

Il peut en outre être saisi de demandes d'avis portant sur la répartition des compétences entre les différentes collectivités publiques en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française.

Ces demandes d'avis sont traitées par la Section administrative du Conseil d'État à laquelle sont rattachés le département ministériel ou la catégorie d'affaires en cause. Toutefois, les avis peuvent être rendus, après un premier examen par la Section compétente, pour l'Assemblée générale du Conseil d'État.

Les avis reproduits ci-après donnent un aperçu de l'éventail des questions, d'ampleur et de complexité inégales, sur lesquelles le Conseil d'État a été consulté au cours de l'année, ainsi que du mode d'exercice de cette attribution administrative qui, pour être moins importante en fait que sa participation à la confection des lois, ordonnances et décrets, le conduit néanmoins à rappeler ou clarifier la portée des règles en vigueur.

Il n'est pas inutile de préciser que les formations administratives du Conseil d'État se refusent à répondre à une demande d'avis lorsque le point de droit directement en cause fait l'objet d'un recours contentieux devant une juridiction. En outre, lorsque les questions posées risquent de donner matière à des contentieux, la formation administrative prend soin de préciser que son avis est donné sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes.



Communautés européennes et Union européenne

■ Assemblée générale – Avis n° 368.976 – 7 mai 2003

Union européenne – Portée des articles 24 et 38 du traité sur l'Union européenne – Faculté pour le Conseil de l'Union européenne de conclure des engagements internationaux avec des États tiers – Conditions.

Le Conseil d'État, saisi par le Premier ministre d'une demande d'avis sur les questions de savoir si :

1°) dans l'hypothèse où les projets d'accords entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'extradition et d'entraide judiciaire seraient conclus par l'Union européenne, l'article 53 de la Constitution trouverait à s'appliquer et, dans l'affirmative, quelles conséquences il conviendrait d'en tirer ;

2°) un risque de contrariété existe entre ces projets d'accords, d'une part et la Constitution et les engagements internationaux de la France, d'autre part, notamment en ce qui concerne les juridictions spécialisées existant aux États-Unis et les décisions rendues par défaut ;

Vu la Constitution, modifiée notamment par les lois constitutionnelles n° 92-554 du 25 juin 1992, n° 99-49 du 25 janvier 1999 et n° 2003-267 du 25 mars 2003, en particulier son Préambule, l'article 34 et les titres VI et XV ;

Vu la loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 autorisant la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles additionnels n° s 1, 3, 4 et 5, ensemble le décret n° 74-360 du 3 mai 1974 portant publication de la Convention et des protocoles précités ;

Vu la loi n° 85-1485 du 31 décembre 1985 autorisant la ratification du protocole n° 6 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble le décret n° 86-282 du 28 février 1986 portant publication de ce protocole ;

Vu la loi n° 92-1017 du 24 septembre 1992 autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne, ensemble le décret n° 94-80 du 18 janvier 1994 portant publication de ce traité ;

Vu la loi n° 99-229 du 23 mars 1999 autorisant la ratification du traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, ensemble le décret n° 99-438 du 28 mai 1999 qui en porte publication ;

Vu la loi n° 2001-603 du 10 juillet 2001 autorisant la ratification du traité de Nice modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, ensemble le décret n° 2003-246 du 18 mars 2003 qui en porte publication ;

Vu la loi n° 2001-339 du 19 avril 2001 autorisant la ratification du traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la France et les États-Unis



d'Amérique, ensemble le décret n° 2001-1122 du 28 novembre 2001 qui en porte publication ;

Vu la loi n° 2001-1119 du 28 novembre 2001 autorisant la ratification du traité d'extradition entre la France et les États-Unis d'Amérique (ensemble un procès-verbal d'accord sur la représentation), ensemble le décret n° 2002-117 du 29 janvier 2002 qui en porte publication ;

Vu le décret n° 53-192 du 14 mars 1953 relatif à la ratification et à la publication des engagements internationaux souscrits par la France modifié par le décret n° 86-707 du 11 avril 1986, notamment son article 3 ;

Vu les projets d'accords entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'extradition et d'entraide judiciaire ;

Vu les décisions du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992 et n° 97-394 DC du 31 décembre 1997 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1. Le projet d'accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne en matière d'extradition se compose d'un Préambule et d'un ensemble de 22 articles (art. 1 à 16, 16 bis, 17, 18 et 19, 19 bis et 20). Le projet d'accord entre les mêmes Parties en matière d'entraide judiciaire comporte un Préambule et un ensemble de 18 articles (art. 1 à 16, 16 bis et 17).

Dans chacun des Préambules, il est indiqué que les Parties gardent à l'esprit « les garanties prévues par leurs systèmes juridiques respectifs, qui reconnaissent à une personne extradée (ou accusée) le droit à un procès équitable, y compris le droit d'être jugée par un tribunal impartial établi par la loi ».

Chacun des projets définit dans son article 3 son champ d'application par rapport aux traités bilatéraux conclus antérieurement. Se trouvent précisés, à l'article 16 bis du premier projet d'accord et à l'article 13 du second, sous l'intitulé « non-dérogation », les motifs de refus d'extradition ou d'entraide qu'un État membre aura, sous certaines conditions, la possibilité d'invoquer.

– *Sur la première question :*

En ce qui concerne l'étendue des compétences dévolues à l'Union européenne :

2. L'article 24 du traité sur l'Union européenne figurait initialement sous l'article J. 14 ajouté au traité du 7 février 1992 par le traité d'Amsterdam. Il est au nombre des dispositions du titre V du traité sur l'Union européenne « concernant une politique étrangère et de sécurité commune ». Dès l'origine, comme le prévoyait tant le texte de l'article J. 14 que celui de l'article K. 10, ses dispositions sont applicables aux matières relevant du titre VI, c'est-à-dire « à la coopération policière et judiciaire en matière pénale ». Cette dernière règle est reprise dans la nouvelle numérotation des articles du traité sur l'Union européenne à l'article 38.

Tel qu'il a été modifié par le traité de Nice entré en vigueur le 1^{er} février 2003, l'article 24 comporte six paragraphes.

Aux termes du paragraphe 1 : « Lorsqu'il est nécessaire de conclure un accord avec un ou plusieurs États ou organisations internationales, en application du



présent titre, le Conseil peut autoriser la présidence, assistée le cas échéant par la Commission, à engager des négociations à cet effet. De tels accords sont conclus par le Conseil sur recommandation de la présidence ».

Selon le paragraphe 2, « le Conseil statue à l'unanimité lorsque l'accord porte sur une question pour laquelle l'unanimité est requise pour l'adoption de décisions internes ».

Le paragraphe 3 écarte en principe l'exigence de l'unanimité lorsque l'accord est envisagé « pour mettre en œuvre une action commune ou une position commune » au bénéfice de la règle de la majorité qualifiée telle qu'elle est définie à l'article 23, paragraphe 2. Une telle majorité ne s'applique pas de façon absolue compte tenu de la possibilité ouverte à un État de justifier d'un intérêt national pour que la conclusion de l'accord intervienne à l'unanimité.

Le paragraphe 4 de l'article 24 énonce que « les dispositions [dudit] article sont également applicables aux matières relevant du titre VI », en précisant que si « l'accord porte sur une question pour laquelle la majorité qualifiée est requise pour l'adoption de décisions ou de mesures internes, le Conseil statue à la majorité qualifiée conformément à l'article 34, paragraphe 3 ».

Les paragraphes 5 et 6 de l'article 24 traitent des effets des accords en ces termes. D'après le paragraphe 5 : « Aucun accord ne lie un État membre dont le représentant au sein du Conseil déclare qu'il doit se conformer à ses propres règles constitutionnelles ; les autres membres du Conseil peuvent convenir que l'accord est néanmoins applicable à titre provisoire ».

En vertu du paragraphe 6, « les accords conclus selon les conditions fixées par le présent article lient les institutions de l'Union ».

3. Au sein du traité sur l'Union européenne, les dispositions des articles 24 et 38 coexistent avec d'autres procédures de prise de décisions des institutions et notamment avec celle régie par l'article 34, paragraphe 2, selon laquelle le Conseil peut « statuant à l'unanimité à l'initiative de tout État membre ou de la Commission ... d) établir des conventions dont il recommande l'adoption par les États membres selon leurs règles constitutionnelles respectives. Les États membres engagent les procédures applicables dans le délai fixé par le Conseil ».

La dualité des procédures de conclusion des engagements internationaux qui résulte des textes respectifs des articles 24 et 38 d'une part et de l'article 34, paragraphe 2, d'autre part, n'implique aucune suprématie d'un mode de conclusion par rapport à l'autre. Le choix à opérer entre les procédures relève de la décision du Conseil statuant à l'unanimité.

4. Sans doute peut-on relever que, lors de l'élaboration du traité d'Amsterdam, l'adoption des articles J. 14 et K. 10 a été accompagnée de la Déclaration n° 4 annexée à ce traité en vertu de laquelle les dispositions de ces articles « ainsi que tout accord qui en résulte n'impliquent aucun transfert de compétence des États membres vers l'Union européenne ».

Toutefois, cette déclaration doit être interprétée à la lumière de l'article 24 dans sa rédaction actuellement en vigueur issue du traité de Nice. Il en résulte que si les États membres n'ont pas entendu que la faculté reconnue au Conseil de l'Union de conclure un accord dans les domaines couverts par les titres V et VI du traité sur l'Union entraîne corrélativement leur dessaisissement et leur



interdise, dans les mêmes matières, de conclure des accords bilatéraux, la déclaration n° 4 ne fait cependant pas obstacle à ce que, sur le fondement des articles 24 et 38, le Conseil de l'Union puisse conclure avec un État tiers un traité d'extradition ou un traité d'entraide judiciaire dans la mesure où sont respectées les conditions fixées par l'article 24.

Des garanties sont prévues en faveur des États membres. Pour un accord de la nature d'une convention d'extradition ou d'une convention d'entraide judiciaire en matière pénale, l'unanimité des membres du Conseil est requise. En outre, par application du paragraphe 5 de l'article 24, un État peut invoquer « ses propres règles constitutionnelles » à l'effet de ne pas être lié par l'accord.

5. Sous ces réserves, l'article 24 du traité doit être interprété comme reconnaissant au Conseil de l'Union la possibilité de recevoir le mandat de négocier et de conclure des accords qui lient les institutions de l'Union et les États membres.

En ce qui concerne les conditions d'intervention des autorités nationales :

6. Littéralement, il peut être soutenu que la réserve par un État membre « de ses propres règles constitutionnelles » doit s'entendre comme visant aussi bien le respect des règles d'ordre procédural posées par sa Constitution en matière de conclusion d'engagements internationaux que le respect de règles de fond de valeur constitutionnelle.

Néanmoins, le paragraphe 5 de l'article 24 ne peut être interprété indépendamment du contexte dans lequel il s'insère. Or l'article 24, pris dans son ensemble, institue une procédure commune de conclusion d'un accord, dont l'économie même serait altérée par le maintien de procédures nationales particulières à la discrétion de chaque État. De plus, l'article 24 a été appliqué à plusieurs reprises par les institutions de l'Union et les États membres comme un mode de conclusion d'un engagement international. La pratique ainsi suivie doit être prise en compte en tant qu'élément d'interprétation, conformément aux principes coutumiers du droit international.

Il y a donc lieu d'admettre que la réserve par un État membre « de ses propres règles constitutionnelles » a pour objet de permettre à cet État d'assurer uniquement le respect de règles de fond d'ordre constitutionnel.

7. Il s'ensuit que, bien que les projets d'accords sur l'extradition et l'entraide judiciaire en matière pénale touchent à la procédure pénale et partant à la compétence du législateur, le Parlement français, dès lors que ces accords sont conclus sur le fondement de l'article 24 du traité et non sur la base d'une recommandation adoptée en vertu de l'article 34, paragraphe 2, n'a pas à en autoriser au préalable la ratification par application de l'article 53 de la Constitution.

8. Les Assemblées n'en doivent pas moins être saisies de tels projets suivant la procédure définie à l'article 88-4 de la Constitution.

En outre, s'il apparaît qu'il existe une incompatibilité entre un projet d'accord et des droits ou libertés constitutionnellement garantis, il appartient à l'autorité exécutive d'invoquer les dispositions du paragraphe 5 de l'article 24 du traité afin d'éviter que la France ne soit liée par l'accord aussi longtemps qu'il n'a pas été procédé à une révision constitutionnelle.



– *Sur les autres questions :*

En ce qui concerne la combinaison des projets de traité avec d'autres conventions internationales :

9. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État statuant au contentieux (CE, 21 avril 2000, Zaidi), dans le cas de concours de plusieurs engagements internationaux, il y a lieu d'en définir les modalités d'application respectives conformément à leurs stipulations et en fonction des principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales. Ces principes du droit coutumier sont repris par la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, dans son article 30 relatif à l'application de traités successifs portant sur la même matière et dans son article 59 sur l'extinction d'un traité ou la suspension de son application implicites du fait de la conclusion d'un traité postérieur.

10. Les projets d'accords entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique déterminent, dans leur article 3, les modalités suivant lesquelles ils se combinent avec des conventions bilatérales portant sur le même objet antérieurement conclues par chaque État membre.

Respectivement dans leurs articles 17 et 14, ils posent en principe que de futurs accords bilatéraux devront être « conformes » à chaque accord, le terme « conformes » faisant l'objet d'une note explicative annexée à chaque projet d'accord.

11. La suprématie ainsi conférée aux projets d'accords sur des engagements internationaux ayant le même objet trouve cependant une double limite :

– l'une résultant de la clause de « non dérogation » qui figure respectivement à l'article 16 bis du projet d'accord sur l'extradition et à l'article 13 du projet d'accord sur l'entraide judiciaire ;

– l'autre découlant de ce que les projets d'accords ne sauraient faire échec au respect par l'Union européenne, conformément aux stipulations du paragraphe 2 de l'article 6 du traité sur l'Union européenne, des droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Même si cette dernière ne traite pas explicitement de l'extradition, la mise en œuvre de ses stipulations peut avoir des incidences sur le droit extraditionnel.

La même conclusion vaut pour la France en sa qualité d'État partie à la Convention, ainsi que cela ressort de la jurisprudence du Conseil d'État statuant au Contentieux (CE, 8 juin 1994, Bolamba).

En ce qui concerne le respect des principes constitutionnels :

12. L'article 16 bis du projet d'accord sur l'extradition est ainsi libellé : « 1. Le présent accord est sans préjudice de la possibilité reconnue à l'État requis par un traité d'extradition bilatéral en vigueur entre les États-Unis d'Amérique et un État membre d'invoquer des motifs de refus se rapportant à une question non régie par le présent accord. /2. Si les principes constitutionnels de l'État requis sont de nature à faire obstacle à l'exécution de son obligation d'extradition et que ni le présent accord ni le traité bilatéral applicable ne permettent de résoudre la question, l'État requis et l'État requérant procèdent à des consultations ».



13. L'article 13 du projet d'accord sur l'entraide judiciaire énonce que, sous réserve de l'article 4, paragraphe 5, relatif à la non-opposabilité du secret bancaire et de l'article 9, paragraphe 2, point b), qui interdit à l'État requis d'imposer des restrictions générales ayant trait aux normes légales de l'État requérant en matière de traitement de données à caractère personnel, « le présent accord n'interdit pas à l'État requis d'invoquer les motifs de refuser l'entraide prévus par un traité bilatéral d'entraide judiciaire, ni, en l'absence de traité, les principes applicables de son droit interne, y compris lorsque l'exécution de la demande [d'entraide] porterait atteinte à sa souveraineté, sa sécurité, son ordre public ou d'autres intérêts essentiels ».

14. Ces clauses de « non-dérogation » doivent être rapprochées des stipulations respectives du traité d'extradition entre la France et les États-Unis d'Amérique signé le 23 avril 1996 et du traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre les mêmes Parties, signé le 10 décembre 1998, tous deux régulièrement introduits dans l'ordre juridique interne.

Il en ressort en particulier que, dans son article 4, paragraphe 1, le traité d'extradition, qui permet à la France de refuser l'extradition lorsque l'infraction est considérée par elle comme une infraction politique, assure le respect du principe rappelé par le Conseil d'État dans ses avis du 9 novembre 1995 et du 26 septembre 2002 « selon lequel l'État doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour les infractions qu'il considère comme des infractions à caractère politique, qui constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ayant à ce titre valeur constitutionnelle en vertu du Préambule de la Constitution de 1946 ».

En outre, le paragraphe 4 de l'article 4 du même traité selon lequel « l'extradition n'est pas accordée si les autorités compétentes pour la France... ont des raisons sérieuses de croire que la requête a pour but de poursuivre ou de punir une personne pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques » est à même d'assurer le respect du principe selon lequel l'État doit refuser l'extradition lorsqu'elle est demandée dans un but politique, qui constitue également un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

15. L'appréciation à porter au regard du principe constitutionnel du respect des droits de la défense est plus délicate.

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un tel principe implique notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties. Il postule également l'impartialité de la juridiction appelée à connaître de la situation de la personne remise.

Enfin, en matière pénale, une personne condamnée par défaut doit pouvoir obtenir d'être rejugée en sa présence, sauf s'il est établi de manière non équivoque qu'elle a renoncé à son droit de comparaître et de se défendre.

16. Le paragraphe 2 de l'article 16 bis du projet d'accord sur l'extradition, en ce qu'il évoque l'éventualité où « *les principes constitutionnels* de l'État requis sont de nature à faire obstacle à son obligation d'extradition... », est susceptible d'être interprété comme l'autorisant à refuser de donner suite à une demande d'extradition dans une hypothèse où ne serait pas assurée la garantie



pour la personne extradée de faire valoir sa défense devant une juridiction impartiale.

À l'effet de dissiper toute ambiguïté sur ce point, il conviendrait d'introduire dans le projet d'accord une référence explicite aux « principes fondamentaux » mentionnés à l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne.

En tout état de cause, le fait qu'on puisse interpréter les projets d'accords comme ne contenant pas de stipulations contraires aux règles de valeur constitutionnelle et aux engagements internationaux de la France ne fait pas obstacle à ce que le Gouvernement invoque, le cas échéant, les mêmes règles et les mêmes engagements lors d'un examen *in concreto* lorsqu'il sera saisi de la part des États-Unis d'une demande d'entraide judiciaire ou d'extradition.

Enseignement

■ Section de l'intérieur – Avis n° 368.577 – 14 janvier 2003

Enseignement du premier degré – Dépenses incombant aux communes – Droits de reprographie des œuvres protégées.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur) saisi par le ministre de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche de la question de savoir s'il incombe à la commune ou à l'État de supporter les charges relatives aux droits de reprographie des œuvres protégées dans les écoles de l'enseignement du premier degré ;

Vu le code général des collectivités territoriales, notamment ses articles L. 1111-4, L. 2321 et le 9° de son article L. 2321-2 ;

Vu le code de l'éducation, notamment ses articles L. 211-8, L. 212-4, L. 212-5, L. 213-2 et L. 214-6 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Le code de l'éducation dispose dans son article L. 212-4, issu de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983, notamment du I de son article 14 : « La commune a la charge des écoles publiques. Elle est propriétaire des locaux et en assure la construction... l'équipement et le fonctionnement ». Les dépenses résultant de cet article sont des dépenses obligatoires conformément aux dispositions de l'article L. 212-5 dudit code, issu de la loi du 30 octobre 1886, notamment son article 14 et de la loi du 19 juillet 1889, notamment son article 4. Il ressort de ces dispositions qu'à la différence du département pour les collèges (art. L. 213-2) et de la région pour les lycées (art. L. 214-6), le législateur n'a pas entendu décharger la commune du financement des dépenses pédagogiques. Or, eu égard à leur objet, les reprographies d'œuvres protégées réalisées dans les écoles du premier degré doivent être regardées comme du matériel d'enseignement destiné à l'usage des élèves. La simple circonstance que ces reprographies interviennent à l'initiative des enseignants pour l'accomplissement de leur mission est sans incidence au regard de la loi. Leur prise en charge incombe donc à la commune, au titre des dépenses obligatoires de fonctionnement. Il en est de même des dépenses engagées pour la prise en



charge des redevances dues en exécution des contrats passés avec les organismes chargés de l'exploitation des droits de copies permettant la libération des droits afférents à la reprographie des œuvres protégées.

Établissements publics

■ Section des travaux publics – Avis n° 369.299 – 16 décembre 2003

Établissements publics – Régime juridique – Possibilité, au regard du principe de spécialité applicable aux établissements publics, de mettre en œuvre un nouveau mode de valorisation du domaine envisagé par Voies navigables de France.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer, des questions de savoir :

1) Si l'absence dans les règles constitutives de Voies navigables de France, contrairement à d'autres établissements publics, de dispositions autorisant expressément l'établissement public à exercer des activités qui concourent directement ou indirectement à ses missions principales, doit être interprétée comme témoignant d'une volonté du législateur et du pouvoir réglementaire d'exclure cette possibilité ;

2) Si en l'absence d'autorisation expresse du législateur, peuvent s'inscrire dans le cadre d'une marge légale de diversification des activités consistant en la participation majoritaire de Voies navigables de France au capital de sociétés d'aménagement de sites urbains, notamment par apport à ces sociétés de terrains appartenant au domaine public fluvial mais qui ne sont plus nécessaires à l'exploitation de la voie navigable, après que ces terrains auront fait l'objet d'une procédure de déclassement et seront devenus propriété de Voies Navigables de France ;

Vu l'article 124 de la loi de finances pour 1991, n° 90-1168 du 29 décembre 1990 ;

Vu la loi n° 91-1385 du 31 décembre 1991 portant dispositions diverses en matière de transports ;

Vu le décret n° 60-1441 du 26 décembre 1960 modifié par le décret n° 91-696 du 18 juillet 1991 portant statut de Voies navigables de France ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes du premier alinéa du I de l'article 124 de la loi de finances pour 1991 :

« L'exploitation, l'entretien, l'amélioration, l'extension des voies navigables et de leurs dépendances et la gestion du domaine de l'État nécessaire à l'accomplissement de ses missions sont confiées à l'établissement public créé par l'article 67 de la loi du 27 février 1912 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1912. »



Aux termes du I de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1991 :

« L'établissement public mentionné au I de l'article 124 de la loi de finances pour 1991 prend le nom de Voies navigables de France. Il constitue un établissement public industriel et commercial. »

Aux termes enfin de l'article 1^{er} du décret du 26 décembre 1960 modifié susvisé, Voies navigables de France « (...) est notamment chargé, conformément aux dispositions de la loi des 27-28 février 1912 et de l'article 124 de la loi de finances pour 1991 susvisés :

1° D'exploiter, d'entretenir et d'améliorer les voies navigables, les ports fluviaux et autres dépendances du domaine public fluvial dont la gestion lui est confiée ;

2° De réaliser les infrastructures nouvelles du réseau en cohérence avec la perspective européenne ;

3° De gérer le domaine de l'État qui lui a été confié pour l'exercice des missions susmentionnées ;

4° De centraliser et de porter à la connaissance du public les renseignements de toute nature concernant l'utilisation des voies navigables ;

5° De rechercher tout moyen propre à développer l'utilisation des voies navigables et à en améliorer l'exploitation (...). »

Le principe de spécialité qui s'applique à un établissement public tel que Voies navigables de France signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission. Il importe peu à cet égard que le législateur ou le pouvoir réglementaire, lors de la création de l'établissement, n'ait pas entendu explicitement interdire d'autres activités. Toutefois, le principe de spécialité ne s'oppose pas, par lui-même, même dans le silence des textes statutaires, à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques, à la double condition :

– d'une part, que ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale, en l'espèce, l'exploitation, l'entretien, l'amélioration, l'extension des voies navigables et de leurs dépendances et la gestion du domaine de l'État nécessaire à l'accomplissement de ces missions ;

– d'autre part, que ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public notamment par leur adaptation à l'évolution technique et aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir-faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal.

Dans le cas de Voies navigables de France, les activités envisagées, qui consistent en la réhabilitation de sites urbains dégradés en bordure de la voie navigable, sont incontestablement d'intérêt général.

Toutefois, les immeubles en cause n'étant, par hypothèse, plus nécessaires à l'exercice des missions confiées à Voies navigables de France et devant cesser d'appartenir au domaine de l'État après leur déclassement et leur vente, leur mise en valeur, pour des opérations qui n'ont de rapport ni avec l'exploitation,



l'entretien, l'amélioration ou l'extension des voies navigables ni avec la gestion du domaine public confié à l'établissement pour l'exercice de ces missions, ne peut être regardée comme le complément normal de celles-ci.

En conséquence, les opérations envisagées par Voies navigables de France ne respectent pas le principe de spécialité des établissements publics.

Fonctionnaires et agents publics

■ Section de l'intérieur – Avis n° 369.186 – 2 juillet 2003

Statuts, droits, obligations et garanties – Comités techniques paritaires – Composition – Police nationale – Conséquences du départ volontaire d'une organisation syndicale de fonctionnaires de l'Union à laquelle elle était affiliée.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi par le ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, des conséquences à tirer tant pour la composition des différents comités techniques paritaires que pour la répartition des subventions et des décharges d'activité de service, du fait que le syndicat national des policiers en tenue (SNPT) s'est retiré le 25 février 2003 de l'union nationale des syndicats autonomes de la police (UNSA-police) avec laquelle il avait présenté certaines listes communes aux élections professionnelles de 2001 ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment son article 9 bis ;

Vu la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, notamment ses articles 14, 15 et 17 ;

Vu le décret n° 82-451 du 28 mai 1982 modifié, relatif aux commissions administratives paritaires ;

Vu le décret n° 82-452 du 28 mai 1982 modifié, relatif aux comités techniques paritaires ;

Vu le décret n° 95-654 du 9 mai 1995 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires actifs des services de la police nationale ;

Vu le décret n° 95-658 du 9 mai 1995 relatif à la composition du comité technique paritaire central de la police nationale ;

Vu le décret n° 95-659 du 9 mai 1995 relatif aux comités techniques paritaires départementaux des services de la police nationale, modifié par le décret n° 97-1178 du 24 décembre 1997 ;

Est d'avis qu'il y a lieu, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, de répondre dans le sens des observations qui suivent :

I. – En ce qui concerne la composition du comité technique paritaire ministériel et du comité technique paritaire central de la police nationale :



Il résulte des dispositions de l'article 8 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 susvisé que les représentants du personnel au sein des comités techniques paritaires sont désignés librement par les organisations syndicales de fonctionnaires regardées comme représentatives au moment où se fait la désignation. La liste des organisations habilitées à désigner des représentants et le nombre de sièges attribués à chacune d'entre elles sont fixés compte tenu du nombre de voix obtenues lors de l'élection des représentants du personnel dans les commissions administratives paritaires.

Aux élections professionnelles qui se sont déroulées en 2001, se sont présentées dans les services de la police nationale des listes du syndicat national de la police en tenue (SNPT), alors membre de l'union nationale des syndicats autonomes de la police (UNSA-police), sous la double étiquette du syndicat et de l'Union. Les sièges attribués à cette dernière, au comité technique paritaire (CTP) ministériel et au comité technique paritaire (CTP) central de la police nationale ont été répartis sur sa proposition et en fonction de leur représentativité respective entre les différents syndicats qui y adhéraient alors et parmi eux le SNPT.

La circonstance que, postérieurement, le SNPT se soit séparé de l'UNSA-police n'a pas pour conséquence de permettre à cette dernière de retirer les mandats ainsi attribués dès lors que la représentativité démontrée lors des élections de 2001 a été appréciée à l'égard de l'Union et de chacun des syndicats qui lui étaient affiliés, parmi lesquels le SNPT et non de la seule UNSA-police. Pour la même raison, l'Union ne saurait davantage désigner des remplaçants aux membres en cause du CTP ministériel et du CTP central de la police nationale.

Dans la mesure où il a quitté l'Union, le SNPT ne peut, lui non plus, procéder au remplacement de ceux de ses membres qui viendraient à cesser leurs fonctions dans les cas prévus à l'article 10 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 précité, leur désignation initiale traduisant une représentativité démontrée par ce syndicat non pas en ce qui le concerne seul mais associé à l'UNSA-police.

Il résulte de ce qui précède que les personnes désignées dans les conditions ainsi décrites, pour siéger au CTP ministériel et au CTP central de la police nationale, restent en fonction, sous réserve de démission ou des cas d'application de l'article 10 du décret précité n° 82-452 du 28 mai 1982, jusqu'au terme de leur mandat, qu'il s'agisse de représentants du SNPT ou d'un des autres syndicats affiliés à l'UNSA-police et qui se sont présentés sous une double étiquette.

Il en va ainsi, que ces personnes occupent, selon les règles propres aux services de police définies par les décrets du 9 mai 1995 susvisés, des sièges dévolus à l'organisation la plus représentative ou majoritaire de chaque corps ou des sièges attribués au prorata des voix obtenues.

II. – En ce qui concerne la composition des comités techniques départementaux de la police nationale :

Il résulte des dispositions de l'article 11 du décret susvisé n° 95-659 du 9 mai 1995, dans la rédaction que lui a donnée l'article 4 du décret susvisé du 24 décembre 1997, que la représentativité des organisations syndicales s'apprécie, à l'échelon d'un territoire, en fonction des résultats d'une consultation des personnels affectés dans le ressort du comité technique paritaire départemental.



Par application de ces dispositions, des consultations particulières ont eu lieu en 2001 dans chacune des régions, pour la désignation des représentants du personnel de la police nationale.

Dans la plupart des régions, le SNPT a présenté des listes de candidats sous la double étiquette de ce syndicat et de l'UNSA-police. Toutefois, dans d'autres régions regroupant plusieurs départements il a présenté des candidats sous sa seule étiquette propre.

Si, dans ce dernier cas, l'application des règles générales ne soulève aucune difficulté, tant pour l'attribution initiale des sièges que pour le remplacement par le SNPT des personnes désignées pour le représenter dans les comités techniques paritaires départementaux, il résulte de ce qui précède que les considérations exposées sous le I du présent avis trouvent leur pleine application dans les régions où le SNPT a présenté des listes communes avec l'UNSA-police.

III. – En ce qui concerne l'attribution des subventions et des décharges d'activité de service :

Pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées sous le I du présent avis, la répartition des subventions et l'application des différentes mesures prévues en matière d'autorisations d'absence et de décharges d'activité de service à laquelle il a été procédé entre les syndicats, compte tenu de leur représentativité démontrée aux élections professionnelles de 2001, ne peuvent être mises en cause du fait que, postérieurement à cette date, le SNPT a mis fin à son affiliation à l'UNSA.

IV. – En ce qui concerne le bon fonctionnement des comités techniques paritaires de la police nationale :

Les conséquences qui découlent de la situation actuelle peuvent être regardées comme peu compatibles avec un fonctionnement satisfaisant des comités techniques paritaires.

Si le ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales estimait que tel est le cas, il lui appartiendrait, sur le fondement de l'article 27 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 précité d'en rendre compte au Premier ministre qui statue après avis du Conseil supérieur de la fonction publique. Dans l'hypothèse où le Premier ministre considérerait qu'il est nécessaire, pour résoudre la difficulté, de procéder, comme le permet l'article 29 du même décret, à une dissolution des comités en place puis à la constitution de nouveaux comités, il conviendrait, pour apprécier la représentativité des organisations syndicales et fixer le nombre des membres qu'elles pourraient désigner, de procéder d'abord à de nouvelles élections aux commissions administratives paritaires correspondantes, c'est-à-dire d'abrégé le mandat des membres des commissions administratives en fonction.

Cette éventualité est prévue par le deuxième alinéa de l'article 7 du décret n° 82-451 du 28 mai 1982 en vertu duquel la durée du mandat peut être exceptionnellement réduite, pour une période n'excédant pas un an, par arrêté du ministre intéressé. La réduction doit être justifiée par un intérêt de service et être préalablement soumise à l'avis du comité technique paritaire compétent.



L'intérêt du service est compromis lorsque des contestations portant sur la qualité de certains membres pour siéger paralysent le fonctionnement d'une grande partie des comités techniques paritaires alors surtout que ces contestations trouvent leur origine dans une modification substantielle de la distribution des forces syndicales. De nouvelles élections permettraient de tenir compte de l'importance des organisations syndicales telles qu'elles se présentent aujourd'hui, dans la composition des commissions administratives comme dans celle des comités techniques. Ces élections pourraient porter sur le renouvellement de l'ensemble des comités techniques paritaires de la police nationale, même de ceux des comités départementaux dont la composition n'est pas contestée, s'il devait apparaître que la simultanéité des renouvellements présente un intérêt de service.

Quant à la consultation préalable des comités techniques paritaires compétents à l'échelon central et aux échelons déconcentrés, il convient de déduire de ce qui précède qu'elle doit être effectuée dans la composition des comités découlant des résultats des élections professionnelles de 2001.

Fondations

■ Section de l'intérieur – Avis n° 368.864 – 2 avril 2003

Modèles de statuts proposés aux établissements qui sollicitent leur reconnaissance d'utilité publique en qualité de « Fondation ».

Modèle 1 (avec conseil d'administration)

I – But de la fondation

Article 1^{er}

L'établissement dit..... fondé en..... a pour but de....

Il a son siège à.....

Article 2

Les moyens d'action de la fondation sont :.....¹

II – Administration et fonctionnement

Article 3 (avec un collègue des membres de droit incluant l'État)

La fondation est administrée par un conseil composé de (X) membres² dont :

– au titre du collègue des fondateurs³ ;

1 - À titre d'exemples : bulletins, publications, mémoires, conférences et cours, écoles, musées et expositions, bourses, pensions, concours, prix et récompenses, secours, etc.

2 - Il est souhaitable que le nombre des membres du conseil d'administration soit de 7 membres au minimum et 12 membres au maximum.

3 - Un tiers au plus.



- au titre du collège des membres de droit ⁴ ;
- au titre du collège des personnalités qualifiées ⁵ ;
- au titre du collège des salariés ⁶ ;
- au titre du collège des « amis » de la fondation ⁷.

Le collège des fondateurs comprend, outre le (ou les) fondateurs, des membres nommés par ce dernier et renouvelés par lui. En cas d'empêchement définitif du fondateur, ils sont choisis par les autres membres du collège. En cas de désaccord au sein de ce collège, ils sont cooptés par l'ensemble du conseil d'administration.

Le collège des membres de droit comprend le ministre de l'intérieur ou son représentant, (le cas échéant) le ministre de.... ou son représentant, ainsi que ⁸...

Le collège des personnalités qualifiées comprend des personnes choisies en raison de leur compétence dans le domaine d'activité de la fondation. Celles-ci sont cooptées par les autres membres du conseil d'administration.

Le collège des salariés comprend des salariés de la fondation élus par l'ensemble du personnel.

Le collège des « amis » de la fondation comprend des personnes désignées par ⁹...

À l'exception des membres de droit et, le cas échéant, du (ou des) fondateurs, les membres du conseil sont nommés pour une durée de... années ¹⁰ et renouvelés par... tous les... ans. Leur mandat est renouvelable ¹¹. Lors du premier renouvellement, les noms des membres sortants sont désignés par la voie du sort.

Le règlement intérieur précise les conditions dans lesquelles il est procédé au renouvellement des membres du conseil.

À l'exception des membres de droit et du (ou des) fondateurs, les membres du conseil d'administration peuvent être révoqués pour juste motif par le conseil d'administration, dans le respect des droits de la défense.

En cas de décès, de démission, d'empêchement définitif ou de révocation d'un membre du conseil d'administration, il sera pourvu à son remplacement dans les deux mois. Les fonctions de ce nouveau membre prennent fin à la date à laquelle aurait normalement expiré le mandat de celui qu'il remplace.

4 - Un tiers en principe, en fonction de l'existence ou non d'un quatrième ou d'un cinquième collège.

5 - Un tiers en principe, en fonction de l'existence ou non d'un quatrième ou d'un cinquième collège.

6 - L'existence de ce collège est facultative, en fonction des caractéristiques particulières de la fondation ; pour des raisons d'équilibre, il est souhaitable que ce collège ne comprenne pas plus du cinquième des membres du conseil.

7 - Idem.

8 - Autres personnes représentant l'intérêt général en fonction de l'objet de la fondation.

9 - Sont ainsi visées les personnes qui soutiennent à un titre ou à un autre les activités de la fondation et qui sont regroupées dans une structure dotée ou non de la personnalité morale : convention générale des donateurs, association des « amis », etc.

10 - Il est souhaitable que la durée du mandat n'excède pas 4 ans.

11 - Il est souhaitable que le nombre de renouvellement ne puisse excéder deux (chiffre qui peut varier selon les collèges).



Les membres du conseil sont tenus d'assister personnellement aux séances du conseil. En cas d'empêchement, un membre peut donner son pouvoir dans les conditions définies par le règlement intérieur. Chaque membre ne peut toutefois détenir plus d'un seul pouvoir.

En cas d'absences répétées sans motif valable, les membres du conseil, autres que les membres de droit ou le ou les fondateurs, pourront être déclarés démissionnaires d'office dans les conditions définies par le règlement intérieur, dans le respect des droits de la défense.

Un conseil scientifique, composé de... membres désignés par..., assiste le conseil d'administration selon des modalités définies par le règlement intérieur ¹².

Article 3 (avec un commissaire du gouvernement)

La fondation est administrée par un conseil composé de... membres ¹³ dont :

- au titre du collège des fondateurs ¹⁴ ;
- au titre du collège des personnalités qualifiées ¹⁵ ;
- au titre des membres de droit ¹⁶ ;
- au titre du collège des salariés ¹⁷ ;
- au titre du collège des « amis » de la fondation ¹⁸.

Le collège des fondateurs comprend, outre le (ou les) fondateurs, des membres nommés par ce dernier et renouvelés par lui. En cas d'empêchement définitif du ou des fondateurs, ils sont choisis par les autres membres du collège. En cas de désaccord au sein de ce collège, ils sont cooptés par l'ensemble du conseil d'administration.

Le collège des personnalités qualifiées comprend des personnes choisies en raison de leur compétence dans le domaine d'activité de la fondation. Celles-ci sont cooptées par les autres membres du conseil d'administration.

Le collège des membres de droit comprend des représentants de... ¹⁹

Le collège des salariés comprend des salariés de la fondation élus par l'ensemble du personnel.

12 - Cette instance, qui devrait comprendre au moins 4 membres, ne se justifie que pour les fondations à caractère scientifique. Elle peut être composée de personnalités scientifiques françaises ou étrangères, qualifiées dans le domaine d'intervention de la fondation, élues ou désignées par le conseil d'administration.

13 - Il est souhaitable que le nombre des membres du conseil d'administration soit de 7 membres au minimum et 12 membres au maximum.

14 - Un tiers au plus.

15 - Un tiers en principe, selon l'existence ou non d'autres collèges.

16 - Collège facultatif, en fonction des caractéristiques de la fondation.

17 - L'existence de ce collège est facultative, en fonction des caractéristiques particulières et de l'objet de la fondation ; pour des raisons d'équilibre, il est souhaitable que ce collège ne comprenne pas plus du cinquième des membres du conseil.

18 - Idem.

19 - Administrateurs désignés par des organismes publics autres que l'État ou par des organismes privés chargés d'une mission de service public, selon le domaine d'intervention de la fondation ; ex : collectivités territoriales, organismes de recherche, établissements publics nationaux ou locaux, etc.



Le collège des « amis » de la fondation comprend des personnes désignées par...²⁰.

À l'exception des membres de droit et, le cas échéant, du (ou des) fondateurs, les membres du conseil sont nommés pour une durée de... années²¹ et renouvelés par... tous les... ans. Leur mandat est renouvelable²². Lors du premier renouvellement, les noms des membres sortants sont désignés par la voie du sort.

Le règlement intérieur précise les conditions dans lesquelles il est procédé au renouvellement des membres du conseil.

À l'exception des membres de droit et du ou des fondateurs, les membres du conseil d'administration peuvent être révoqués pour juste motif par le conseil d'administration, dans le respect des droits de la défense.

En cas de décès, de démission, d'empêchement définitif ou de révocation d'un membre du conseil d'administration, il sera pourvu à son remplacement dans les deux mois. Les fonctions de ce nouveau membre prennent fin à la date à laquelle aurait normalement expiré le mandat de celui qu'il remplace.

Les membres du conseil sont tenus d'assister personnellement aux séances du conseil. En cas d'empêchement, un membre peut donner son pouvoir dans les conditions définies par le règlement intérieur. Chaque membre ne peut toutefois détenir plus d'un seul pouvoir.

En cas d'absences répétées sans motif valable, les membres du conseil, autres que les membres de droit ou le ou les fondateurs, pourront être déclarés démissionnaires d'office dans les conditions définies par le règlement intérieur.

Un commissaire du gouvernement, désigné par le ministre de l'intérieur après avis du ou des autres ministres concernés, assiste aux séances du conseil avec voix consultative. Il veille au respect des statuts et du caractère d'utilité publique de l'activité de la fondation.

Un conseil scientifique, composé de... membres désignés par le conseil d'administration ; assiste le conseil d'administration selon des modalités définies par le règlement intérieur²³.

Article 4

Le conseil élit parmi ses membres un président. Il désigne également un bureau qui comprend, outre le président, un vice-président, un trésorier et un secrétaire²⁴. Le bureau est élu pour une durée de... années²⁵.

20 - Sont ainsi visées les personnes qui soutiennent à un titre ou à un autre l'activité de la fondation et qui sont regroupées dans une convention générale : donateurs, association des « amis de », etc.

21 - Il est souhaitable que la durée du mandat n'excède pas 4 ans.

22 - Il est souhaitable que le nombre de renouvellement ne puisse excéder deux (chiffre variable selon les collèges).

23 - Cette instance, qui devrait comprendre au moins 4 membres, ne se justifie que pour les fondations à caractère scientifique. Elle peut être composée de personnalités scientifiques françaises ou étrangères, qualifiées dans le domaine d'intervention de la fondation, élues ou désignées par le conseil d'administration.

24 - Le nombre de membres du bureau ne doit pas excéder le tiers de celui du conseil. Il peut toutefois être fixé à trois, lorsque le nombre d'administrateurs ne dépasse pas sept.

25 - Durée qui ne saurait excéder la durée du mandat d'administrateur.



Les membres du bureau peuvent être révoqués, collectivement ou individuellement, pour juste motif par le conseil d'administration, dans le respect des droits de la défense.

Article 5

Le conseil se réunit au moins une fois tous les six mois. Il se réunit à la demande du président, du quart de ses membres ou du commissaire du gouvernement ²⁶.

Il délibère sur les questions mises à l'ordre du jour par son président et sur celles dont l'inscription est demandée par le quart au moins de ses membres ou par le commissaire du gouvernement ²⁶.

La présence de la majorité des membres en exercice du conseil d'administration est nécessaire pour la validité des délibérations. Si le quorum n'est pas atteint, il est procédé à une nouvelle convocation dans les conditions qui sont précisées par le règlement intérieur. Le conseil peut alors valablement délibérer si le tiers au moins des membres en exercice sont présents.

Sous réserve des stipulations des articles... (le cas échéant), les délibérations du conseil sont prises à la majorité des suffrages exprimés. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

Lorsqu'une délibération lui paraît contraire aux statuts, au règlement intérieur ou aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, le commissaire du gouvernement peut demander une nouvelle délibération. Dans ce cas, le conseil d'administration se prononce à la majorité des membres en exercice, présents ou représentés ²⁶.

Il est tenu procès-verbal des séances, lequel est signé par le président et par le secrétaire ou, en cas d'empêchement, par un autre membre du bureau.

Les agents rétribués par la fondation ou toute autre personne dont l'avis est utile peuvent être appelés par le président à assister, avec voix consultative, aux séances du conseil.

Le bureau se réunit au moins quatre fois par an sur convocation de son président.

Article 6

Les fonctions de membre du conseil d'administration et du bureau sont gratuites.

Des remboursements de frais sont seuls possibles sur justificatifs, dans les conditions fixées par le conseil d'administration et selon les modalités définies par le règlement intérieur.

26 - Cette disposition ne vaut que pour les fondations comportant un commissaire du gouvernement.



III – Attributions

Article 7

Le conseil d'administration règle, par ses délibérations, les affaires de la fondation.

Notamment :

- 1° Il arrête le programme d'action de la fondation ;
- 2° Il adopte le rapport qui lui est présenté annuellement par le bureau sur la situation morale et financière de l'établissement ;
- 3° Il vote, sur proposition du bureau, le budget et ses modifications ainsi que les prévisions en matière de personnel ;
- 4° Il reçoit, discute et approuve les comptes de l'exercice clos qui lui sont présentés par le trésorier avec pièces justificatives à l'appui ;
- 5° Il adopte, sur proposition du bureau, le règlement intérieur ;
- 6° Il accepte les dons et les legs et autorise, en dehors de la gestion courante, les acquisitions et cessions de biens mobiliers et immobiliers, les marchés, les baux et les contrats de location, la constitution d'hypothèques et les emprunts ainsi que les cautions et garanties accordées au nom de la fondation ;
- 7° Il désigne un ou plusieurs commissaires aux comptes choisis sur la liste mentionnée à l'article L. 225-219 du code de commerce [futur art. L. 822-1] ;
- 8° Il fixe les conditions de recrutement et de rémunération du personnel ;
- 9° Il est tenu informé par le président de tout projet de convention engageant la fondation et délibère sur les conventions entrant dans le champ de l'article L. 612-5 du code de commerce ; dans ce cas, il se prononce hors la présence de la personne intéressée.

Le conseil d'administration peut créer un ou plusieurs comités chargés de l'assister dans toutes les actions menées par la fondation. Leurs attributions, leur organisation et leurs règles de fonctionnement sont fixées par le règlement intérieur.

Il peut accorder au bureau, en deçà d'un montant qu'il détermine, une délégation permanente pour les cessions et acquisitions de biens mobiliers et immobiliers ainsi que pour l'acceptation des donations et des legs, à charge pour ce dernier de lui en rendre compte à chaque réunion du conseil.

Le bureau instruit toutes les affaires soumises au conseil d'administration et pourvoit à l'exécution de ses délibérations.

Article 8

Le président représente la fondation dans tous les actes de la vie civile. Il ordonnance les dépenses. Il peut donner délégation dans les conditions définies par le règlement intérieur.

Le président ne peut être représenté en justice que par un mandataire agissant en vertu d'une procuration spéciale. *Toutefois, le président peut consentir au directeur une procuration générale pour représenter la fondation dans les litiges qui touchent à la gestion courante dans des conditions définies par le règlement intérieur*²⁷.

27 - Cette disposition ne vaut que lorsque la fondation fait appel à un directeur (cf. infra note 28).



*Après avis du conseil d'administration, le président nomme le directeur de la fondation. Il met fin à ses fonctions dans les mêmes conditions*²⁸.

Le directeur de la fondation dirige les services de la fondation et en assure le fonctionnement. Il dispose des pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa mission, par délégation du président. Il assiste de plein droit, avec voix consultative, aux réunions du conseil d'administration et du bureau.

Le trésorier encaisse les recettes et acquitte les dépenses.

Les représentants de la fondation doivent jouir du plein exercice de leurs droits civils.

Article 9

À l'exception des opérations de gestion courante des fonds composant la dotation, les délibérations du conseil d'administration relatives aux aliénations de biens mobiliers et immobiliers composant la dotation ne sont valables qu'après approbation administrative. Il en va de même pour les délibérations de ce conseil portant sur la constitution d'hypothèques ou sur les emprunts.

Les délibérations du conseil d'administration relatives à l'acceptation des dons et legs ne sont valables qu'après approbation administrative donnée dans les conditions prévues par l'article 910 du code civil, par l'article 7 de la loi du 4 février 1901 et le décret n° 66-388 du 13 juin 1966 modifié.

IV – Dotation et ressources

Article 10

La dotation comprend...²⁹, le tout formant l'objet de.... fait par..... en vue de la reconnaissance de... comme établissement d'utilité publique.

Elle est constituée par x versements d'un montant de.... Euros chacun qui seront effectués par les fondateurs selon le calendrier suivant :.....^{30, 31}.

Les œuvres d'art entrant dans la dotation de la fondation font l'objet d'un inventaire indiquant l'affectation de chaque œuvre. Cet inventaire est régulièrement mis à jour.

La dotation est accrue du produit des libéralités autorisées sans affectation spéciale ainsi que d'une fraction de l'excédent des ressources annuelles nécessaire au maintien de sa valeur³². Elle peut être accrue en valeur absolue par décision du conseil.

28 - La présence d'un directeur ne revêt pas de caractère obligatoire.

29 - Indiquer la composition de la dotation.

30 - Le dernier de ces versements interviendra au plus tard cinq ans à compter de la publication au Journal officiel du décret accordant la reconnaissance d'utilité publique (cf. art. 18-1 de la loi du 23 juillet 1987).

31 - Une caution bancaire sera exigée pour garantir l'irréversibilité de cet engagement.

32 - Sauf pour les fondations à dotation consommable (cf. infra).



La fondation dispose des biens constituant la dotation pour l'accomplissement de son objet. Elle peut procéder à leur aliénation dans les conditions prévues aux articles 7 et 9 des présents statuts ³³.

Article 11

Le fonds de dotation est placé en valeurs mobilières, cotées ou non cotées à une bourse officielle française ou étrangère, en titres de créances négociables, en obligations assimilables du Trésor, en immeubles nécessaires au but poursuivi ou en immeubles de rapport.

Article 12

Les ressources annuelles de la fondation se composent :

- 1° Du revenu de la dotation *et de la partie de cette dernière consacrée au financement des actions de la fondation* ³¹ ;
- 2° Des subventions qui peuvent lui être accordées ;
- 3° Du produit des libéralités dont l'emploi est autorisé ;
- 4° Du produit des ressources créées à titre exceptionnel et, s'il y a lieu, avec l'agrément de l'autorité compétente ³⁴ ;
- 5° Du produit des ventes et des rétributions perçues pour service rendu ;
- 6°... (à compléter selon les caractéristiques de la fondation) ³⁵.

La fondation établit dans les six mois qui suivent la fin de chaque exercice social des comptes annuels certifiés par un commissaire aux comptes conformément au règlement n° 99-01 du 16 février 1999 du comité de la réglementation comptable relatif aux modalités d'établissement des comptes annuels des associations et fondations, homologué par l'arrêté interministériel du 8 avril 1999.

V – Modification des statuts et dissolution

Article 13

Les présents statuts ne pourront être modifiés qu'après deux délibérations du conseil d'administration prises à deux mois d'intervalle et à la majorité des trois quarts des membres en exercice.

Toutefois, une seule délibération suffit lorsque la modification a été décidée à l'unanimité des membres en exercice.

33 - Cette mention n'est valable que pour les fondations à dotation consommable ; une telle solution ne saurait toutefois être admise que si elle correspond à la volonté du ou des fondateurs et si la fondation se donne un objet bien circonscrit et réalisable dans un laps de temps déterminé (ex : rénovation d'un édifice, etc.).

34 - Quêtes, conférences, tombolas, loteries, concerts, bals, spectacles etc.. autorisés au profit de l'établissement.

35 - Notamment sommes versées par le ou les fondateurs en vertu d'un engagement écrit et irrévocable contracté lors de la création de l'établissement.



Article 14

La fondation est dissoute sur décision du conseil d'administration ou en cas de retrait de la reconnaissance d'utilité publique ou, au plus tard, à la date à laquelle la dotation définie à l'article 10 est réduite à 10 % de sa valeur initiale³⁶. Elle est également dissoute si les versements prévus à l'article 10 ne sont pas effectués conformément au calendrier fixé³⁷.

Le conseil d'administration désigne alors un ou plusieurs commissaires qu'il charge de procéder à la liquidation des biens de la fondation et auquel il confère tous les pouvoirs nécessaires pour mener à bien cette mission. Le conseil attribue l'actif net à un ou plusieurs établissements analogues, publics ou reconnus d'utilité publique ou à un ou plusieurs des établissements visés à l'alinéa 5 de l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 modifiée.

Ces délibérations sont adressées sans délai au ministre de l'intérieur et au ministre de... ainsi qu'au commissaire du gouvernement³⁸.

Dans le cas où le conseil d'administration n'aurait pas pris les mesures indiquées, un décret interviendrait pour y pourvoir. Les détenteurs de fonds, titres et archives appartenant à la fondation s'en dessaisiront valablement entre les mains du commissaire désigné par ledit décret.

Article 15

Les délibérations du conseil d'administration mentionnées aux articles 13 et 14 des présents statuts ne sont valables qu'après approbation du Gouvernement.

VI – Contrôle et règlement intérieur

Article 16

Le rapport annuel, le budget prévisionnel et les documents comptables mentionnés à l'article 12 des présents statuts sont adressés chaque année au préfet du département, au ministre de l'intérieur et au ministre de³⁹...

Le ministre de l'intérieur et le ministre de... auront le droit de faire visiter par leurs délégués les divers services dépendant de l'établissement et de se faire rendre compte de leur fonctionnement. Ils pourront notamment désigner à cet effet le commissaire du gouvernement³⁸.

Article 17

Un règlement intérieur, qui précise les modalités d'application des présents statuts, est élaboré conformément à l'article 7 des présents statuts. Il ne peut entrer en vigueur qu'après approbation du ministre de l'intérieur. Il est modifié dans les mêmes conditions.

Ce règlement est transmis à la préfecture du département.

36 - Cette dernière hypothèse ne vaut que pour les fondations à dotation consommable.

37 - Cette règle ne vaut que lorsque la dotation initiale résulte de plusieurs versements successifs.

38 - Cette mention ne vaut que lorsque la fondation comporte un commissaire du gouvernement.

39 - À préciser selon l'objet de la fondation.



Modèle 2 (directoire et conseil de surveillance)

I – But de la fondation

Article 1^{er}

L'établissement dit.... fondé en..... a pour but de.....

Il a son siège à.....

Article 2

Les moyens d'action de la fondation sont :..... :

II – Administration et fonctionnement

Article 3 (avec un collège des membres de droit incluant des représentants de l'État)

La fondation est dirigée par un directoire placé sous le contrôle d'un conseil de surveillance. Le conseil de surveillance comprend... membres¹ dont :

- au titre du collège des fondateurs² ;
- au titre du collège des membres de droit³ ;
- au titre du collège des personnalités qualifiées⁴ ;
- *au titre du collège des salariés*⁵ ;
- *au titre du collège des « amis » de la fondation*⁶.

Le collège des fondateurs comprend, outre le (ou les) fondateurs, des membres nommés par ce dernier et renouvelés par lui. En cas d'empêchement définitif du fondateur, ils sont choisis par les autres membres du collège. En cas de désaccord au sein de ce collège, ils sont cooptés par l'ensemble du conseil de surveillance.

Le collège des membres de droit comprend le ministre de l'intérieur ou son représentant, le ministre de... ou son représentant ainsi que⁷...

Le collège des personnalités qualifiées comprend des personnes choisies en raison de leur compétence dans le domaine d'activité de la fondation. Celles-ci sont cooptées par les autres membres du conseil de surveillance.

Le collège des salariés comprend des salariés de la fondation élus par l'ensemble du personnel.

1 - Il est souhaitable que le nombre des membres du conseil de surveillance soit de 7 membres au minimum et de 12 membres au maximum.

2 - Un tiers au plus.

3 - Un tiers en principe, en fonction de l'existence d'un quatrième et d'un cinquième collège.

4 - Un tiers en principe, en fonction de l'existence d'un quatrième et d'un cinquième collège.

5 - L'existence de ce collège est facultative, en fonction des caractéristiques particulières de la fondation ; pour des raisons d'équilibre, il est souhaitable que ce collège ne comprenne pas plus du cinquième des membres du conseil.

6 - Idem.

7 - Autres organismes représentant l'intérêt général en fonction de l'objet de la fondation.



Le collège des « amis » de la fondation comprend des personnes désignées par ⁸...

À l'exception des membres de droit et du (ou des) fondateurs, les membres du conseil sont nommés pour une durée de... années ⁹ et renouvelés par... tous les... ans. Leur mandat est renouvelable ¹⁰. Lors du premier renouvellement, les noms des membres sortants sont désignés par la voie du sort.

Le règlement intérieur précise les conditions dans lesquelles il est procédé au renouvellement des membres du conseil.

À l'exception des membres de droit et du fondateur, les membres du conseil de surveillance peuvent être révoqués pour juste motif par le conseil de surveillance, dans le respect des droits de la défense.

En cas de décès, de démission, d'empêchement définitif ou de révocation d'un membre du conseil de surveillance, il sera pourvu à son remplacement dans les deux mois. La durée des fonctions de ce nouveau membre prend fin à la date à laquelle aurait normalement expiré le mandat de celui qu'il remplace.

Les membres du conseil sont tenus d'assister personnellement aux séances du conseil. En cas d'empêchement, un membre peut donner son pouvoir dans les conditions définies par le règlement intérieur. Chaque membre ne peut toutefois détenir plus d'un seul pouvoir.

En cas d'absences répétées sans motif valable, les membres du conseil, autres que les membres de droit ou le ou les fondateurs, pourront être déclarés démissionnaires d'office dans les conditions définies par le règlement intérieur, dans le respect des droits de la défense.

Un conseil scientifique, composé de... membres désignés par..., assiste celui-ci selon des modalités définies par le règlement intérieur ¹¹.

Article 3 (avec un commissaire du gouvernement)

La fondation est dirigée par un directoire placé sous le contrôle d'un conseil de surveillance.

Le conseil de surveillance comprend... membres ¹² dont :

- au titre du collège des fondateurs ¹³ ;
- au titre du collège des personnalités qualifiées ¹⁴ ;
- au titre des membres de droit ¹⁵ ;

8 - Sont ainsi visées les personnes qui soutiennent à un titre ou à un autre les activités de la fondation et qui sont regroupées dans une structure dotée ou non de la personnalité morale : convention générale des donateurs, association des « amis » de...

9 - Il est souhaitable que la durée du mandat n'excède pas quatre ans.

10 - Il est souhaitable que le nombre de renouvellement n'excède pas deux (chiffre qui peut varier selon les collèges).

11 - Cette instance ne se justifie que pour les fondations à caractère scientifique.

12 - Il est souhaitable que le nombre des membres du conseil de surveillance soit de 7 membres au minimum et 12 membres au maximum.

13 - Un tiers au plus.

14 - Un tiers en principe, selon l'existence ou non d'autres collèges.

15 - Collège facultatif, en fonction des caractéristiques de la fondation.



- au titre du collège des salariés ¹⁶ ;
- au titre du collège des « amis » de la fondation ¹⁷.

Le collège des fondateurs comprend, outre le (ou les) fondateurs, des membres nommés par ce dernier et renouvelés par lui. En cas d'empêchement définitif du ou des fondateurs, ils sont choisis par les autres membres du collège. En cas de désaccord au sein de ce collège, ils sont cooptés par l'ensemble du conseil de surveillance.

Le collège des personnalités qualifiées comprend des personnes choisies à raison de leur compétence dans le domaine d'activité de la fondation. Celles-ci sont cooptées par les autres membres du conseil de surveillance.

Le collège des membres de droit comprend des représentants de ¹⁸...

Le collège des salariés comprend des salariés de la fondation élus par l'ensemble du personnel.

Le collège des « amis » de la fondation comprend des personnes désignées par ¹⁹...

À l'exception des membres de droit et, le cas échéant, du (ou des) fondateurs, les membres du conseil sont nommés pour une durée de... années ²⁰ et renouvelés par... tous les... ans. Leur mandat est renouvelable ²¹. Lors du premier renouvellement, les noms des membres sortants sont désignés par la voie du sort.

Le règlement intérieur précise les conditions dans lesquelles il est procédé au renouvellement des membres du conseil.

À l'exception des membres de droit et du ou des fondateurs, les membres du conseil de surveillance peuvent être révoqués pour juste motif par le conseil d'administration.

En cas de décès, de démission, d'empêchement définitif ou de révocation d'un membre du conseil de surveillance, il sera pourvu à son remplacement dans les deux mois. Les fonctions de ce nouveau membre prennent fin à la date à laquelle aurait normalement expiré le mandat de celui qu'il remplace.

Les membres du conseil sont tenus d'assister personnellement aux séances du conseil. En cas d'empêchement, un membre peut donner son pouvoir dans les

16 - L'existence de ce collège est facultative, en fonction des caractéristiques particulières et de l'objet de la fondation ; pour des raisons d'équilibre, il est souhaitable que ce collège ne comprenne pas plus du cinquième des membres du conseil.

17 - Idem.

18 - Administrateurs désignés par des organismes publics autres que l'État ou par des organismes privés chargés d'une mission de service public, selon le domaine d'intervention de la fondation ; ex : collectivités territoriales, organismes de recherche, établissements publics nationaux ou locaux, etc.

19 - Sont ainsi visées les personnes qui soutiennent à un titre ou à un autre l'activité de la fondation et qui sont regroupées dans une structure dotée ou non de la personnalité morale : convention générale des donateurs, association des « amis de », etc.

20 - Il est souhaitable que la durée du mandat n'excède pas 4 ans.

21 - Il est souhaitable que le nombre de renouvellement ne puisse excéder deux (chiffre variable selon les collèges).



conditions définies par le règlement intérieur. Chaque membre ne peut toutefois détenir plus d'un seul pouvoir.

En cas d'absences répétées sans motif valable, les membres du conseil, autres que les membres de droit ou le ou les fondateurs, pourront être déclarés démissionnaires d'office dans les conditions définies par le règlement intérieur.

Un commissaire du gouvernement, désigné par le ministre de l'intérieur après avis du ou des autres ministres concernés, assiste aux séances du conseil avec voix consultative. Il veille au respect des statuts et du caractère d'utilité publique de l'activité de la fondation.

Un conseil scientifique, composé de... membres désignés par le conseil de surveillance assiste celui-ci dans des conditions définies par le règlement intérieur ²².

Article 4

Le conseil élit en son sein pour une durée de... ans ²³ un président qui est chargé de convoquer le conseil et d'en diriger les débats. Il désigne dans les mêmes conditions un vice-président qui peut suppléer le président.

Le conseil se réunit au moins une fois tous les six mois. Il est également réuni à la demande du président, du quart de ses membres ou du directoire ou du commissaire du gouvernement ²⁴.

Le conseil délibère sur les questions mises à l'ordre du jour par son président et sur celles dont l'inscription est demandée par le quart au moins de ses membres ou par le directoire ou, par le commissaire du gouvernement ²⁴.

La présence de la moitié au moins des membres en exercice du conseil de surveillance est nécessaire pour la validité des délibérations. Si le quorum n'est pas atteint, il est procédé à une nouvelle convocation dans les conditions qui sont précisées par le règlement intérieur. Le conseil peut alors valablement délibérer si le tiers au moins des membres en exercice est présent.

Sous réserve des stipulations des articles... (le cas échéant), les délibérations du conseil sont acquises à la majorité des suffrages exprimés. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

Lorsqu'une délibération lui paraît contraire aux statuts, au règlement intérieur ou aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, le commissaire du gouvernement peut demander une seconde délibération. Dans ce cas, le conseil se prononce à la majorité des membres en exercice, présents ou représentés ²⁴.

Il est tenu procès-verbal des séances, lequel est signé du président.

22 - Cette instance ne se justifie que pour les fondations à caractère scientifique.

23 - La durée du mandat du président ne peut être supérieure à la durée du mandat de membre du conseil de surveillance.

24 - Cette disposition ne vaut que pour les fondations comportant un commissaire du gouvernement.



Les membres du directoire, le commissaire aux comptes assistant, avec voix consultative, aux réunions du conseil. Le président peut également appeler à assister à ces réunions, avec voix consultative, les agents rétribués par la fondation ou toute autre personne dont l'avis est utile.

Article 5

Le directoire est composé de... personnes²⁵ qui sont nommées par le conseil de surveillance qui confère à l'une d'elles la qualité de président. Les fonctions de membre du conseil de surveillance ne peuvent se cumuler avec celles à membre du directoire.

Les membres du directoire ne peuvent exercer simultanément des fonctions similaires qu'au sein d'une seule autre fondation et à condition d'y avoir été préalablement autorisés par le conseil de surveillance.

La durée du mandat des membres du directoire est de... ans²⁶ renouvelable.

Il peut être mis fin aux fonctions des membres du directoire ou de l'un d'entre eux pour juste motif par décision du conseil à la majorité de ses membres en exercice, dans le respect des droits de la défense.

En cas de décès, de démission, d'empêchement définitif ou de révocation d'un membre du directoire, il sera pourvu à son remplacement dans un délai d'un mois. Les fonctions de ce nouveau membre prennent fin à la date à laquelle aurait normalement expiré le mandat de celui qu'il remplace.

Le directoire se réunit au moins une fois par mois. Il se réunit également à la demande du président ou de l'un de ses membres.

L'acte de nomination fixe le montant de la rémunération des membres du directoire.

Article 6

Les fonctions de membre du conseil de surveillance sont gratuites.

Des remboursements de frais sont seuls possibles sur justificatifs, dans les conditions fixées par le conseil d'administration et selon les modalités définies par le règlement intérieur.

III – Attributions

Article 7

Le conseil de surveillance assure la surveillance de l'administration de la fondation par le directoire.

Il exerce en outre les attributions suivantes :

1° Il arrête, sur proposition du directoire, le programme d'action de la fondation ;

25 - Il est souhaitable que ce nombre soit compris entre un et cinq.

26 - La durée de ce mandat ne peut être supérieure à celle du mandat des membres du conseil de surveillance.



- 2° Il adopte le rapport qui lui est présenté annuellement par le directoire sur la situation morale et financière de l'établissement ;
- 3° Il vote, sur proposition du directoire, le budget et ses modifications ainsi que les prévisions en matière de personnel ;
- 4° Il reçoit, discute et approuve les comptes de l'exercice clos qui lui sont présentés par le directoire avec pièces justificatives à l'appui,
- 5° Il adopte, sur proposition du directoire, le règlement intérieur ;
- 6° Il accepte les dons et les legs et autorise, en dehors de la gestion courante, les acquisitions et cessions de biens mobiliers et immobiliers, les cautions ou garanties données au nom de la fondation ainsi que la constitution d'hypothèques et les emprunts ;
- 7° Il désigne, sur proposition du directoire, un ou plusieurs commissaires aux comptes choisis sur la liste mentionnée à l'article L. 225-219 du code de commerce [futur art. L. 822-1] ;
- 8° Il est tenu informé par le directoire de tout projet de convention engageant la fondation et délibère sur les conventions entrant dans le champ de l'article L. 612-5 du code de commerce ; dans ce cas, il se prononce hors la présence de la personne intéressée.

Le conseil de surveillance peut déléguer au directoire, dans la limite d'un montant qu'il détermine, le pouvoir de procéder aux opérations visées au 6°.

Le conseil de surveillance peut créer un ou plusieurs comités chargés de l'assister dans toutes les actions menées par la fondation. Leurs attributions, leur organisation et leurs règles de fonctionnement sont fixées par le règlement intérieur.

Le conseil de surveillance peut obtenir du directoire ou de tout agent de la fondation toute pièce ou tout renseignement nécessaire à sa mission de surveillance.

Article 8²⁷

Le directoire assure, sous sa responsabilité, l'administration de la fondation.

Sous réserve des pouvoirs attribués au conseil de surveillance et dans la limite de l'objet de la fondation, il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la fondation.

Les membres du directoire peuvent, avec l'autorisation du conseil de surveillance, répartir entre eux les tâches de la direction. Toutefois cette répartition ne peut en aucun cas avoir pour effet de retirer au directoire son caractère d'organe assurant collégalement la direction de la fondation.

Le président du directoire, ainsi que les autres membres du directoire, s'ils y sont habilités par le conseil de surveillance, représentent la fondation dans ses rapports avec les tiers et dans tous les actes de la vie civile.

Les membres du directoire peuvent déléguer leur signature à des agents de la fondation, dans les conditions définies par le règlement intérieur. Ce règlement détermine également les conditions particulières auxquelles sont subordonnées certaines décisions du directoire.

27 - Article à adapter lorsque le directoire ne comporte qu'un seul membre.



Article 9

À l'exception des opérations de gestion courante des fonds composant la dotation, les délibérations du conseil de surveillance relatives aux aliénations de biens mobiliers et immobiliers composant la dotation ne sont valables qu'après approbation administrative. Il en va de même pour les délibérations de ce conseil portant sur la constitution d'hypothèques ou sur les emprunts.

Les délibérations du conseil de surveillance relatives à l'acceptation des dons et legs ne sont valables qu'après approbation administrative donnée dans les conditions prévues par l'article 910 du code civil, par l'article 7 de la loi du 4 février 1901 et le décret n° 66-388 du 13 juin 1966 modifié.

IV – Dotation et ressources

Article 10

La dotation comprend...²⁸, le tout formant l'objet de.... fait par.... en vue de la reconnaissance de... comme établissement d'utilité publique.

Elle est constituée par x versements d'un montant de.... Euros chacun qui seront effectués par les fondateurs selon le calendrier suivant :...^{29, 30}

Les œuvres d'art entrant dans la dotation de la fondation font l'objet d'un inventaire indiquant l'affectation de chaque œuvre. Cet inventaire est régulièrement mis à jour.

La dotation est accrue du produit des libéralités autorisées sans affectation spéciale ainsi que d'une fraction de l'excédent des ressources annuelles nécessaire au maintien de sa valeur³¹. Elle peut être accrue en valeur absolue par décision du conseil de surveillance.

La fondation dispose des biens constituant la dotation pour l'accomplissement de son objet. Elle peut procéder à leur aliénation dans les conditions prévues aux articles 7 et 9 des présents statuts³².

Article 11

Le fonds de dotation est placé en valeurs mobilières, cotées ou non cotées à une bourse officielle française ou étrangère, en titres de créances négociables, en obligations assimilables du Trésor, en immeubles nécessaires au but poursuivi ou en immeubles de rapport.

28 - Indiquer la composition de la dotation.

29 - Le dernier de ces versements interviendra au plus tard cinq ans à compter de la publication au Journal officiel du décret accordant la reconnaissance d'utilité publique (cf. art. 18-1 de la loi du 23 juillet 1987).

30 - Une caution bancaire sera exigée pour garantir l'irréversibilité de cet engagement.

31 - Sauf pour les fondations à dotation consommable.

32 - Cette mention n'est valable que pour les fondations à dotation consommable ; une telle solution ne saurait toutefois être admise que si elle correspond à la volonté du ou des fondateurs et si la fondation se donne un objet bien circonscrit et réalisable dans un laps de temps déterminé (ex : rénovation d'un édifice, etc.).



Article 12

Les ressources annuelles de la fondation se composent :

- 1 ° Du revenu de la dotation *et de la partie de cette dernière consacrée au financement des actions de la fondation*³⁰ ;
- 2° Des subventions qui peuvent lui être accordées ;
- 3° Du produit des libéralités dont l'emploi est autorisé ;
- 4° Du produit des ressources créées à titre exceptionnel et, s'il y a lieu, avec l'agrément de l'autorité compétente³³ ;
- 5° Du produit des ventes et des rétributions perçues pour service rendu ;
- 6°... (à compléter selon les caractéristiques de la fondation)³⁴.

La fondation établit dans les six mois qui suivent la fin de chaque exercice social des comptes annuels certifiés par un commissaire aux comptes conformément au règlement n° 99-01 du 16 février 1999 du comité de la réglementation comptable relatif aux modalités d'établissement des comptes annuels des associations et fondations, homologué par l'arrêté interministériel du 8 avril 1999.

V – Modification des statuts et dissolution

Article 13

Les présents statuts ne pourront être modifiés qu'après deux délibérations du conseil de surveillance prises à deux mois d'intervalle et à la majorité des trois quarts des membres en exercice.

Toutefois, une seule délibération suffit lorsque la modification a été décidée à l'unanimité des membres en exercice.

Article 14

La fondation est dissoute sur décision du conseil de surveillance ou en cas de retrait de la reconnaissance d'utilité publique ou, au plus tard, à la date à laquelle la dotation définie à l'article 10 est réduite à 10 % de sa valeur initiale³⁵. Elle est également dissoute si les versements prévus à l'article 10 ne sont pas effectués conformément au calendrier fixé³⁶.

Le conseil de surveillance désigne alors un ou plusieurs commissaires qu'il charge de procéder à la liquidation des biens de la fondation et auquel il confère tous les pouvoirs nécessaires pour mener à bien cette mission. Le conseil attribue l'actif net à un ou plusieurs établissements analogues, publics ou reconnus d'utilité publique ou à un ou plusieurs des établissements visés à l'alinéa 5 de l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 modifiée.

33 - Quêtes, conférences, tombolas, loteries, concerts, bals, spectacles etc.. autorisés au profit de l'établissement.

34 - Notamment sommes versées par le ou les fondateurs en vertu d'un engagement écrit et irrévocable contracté lors de la création de l'établissement.

35 - Cette dernière hypothèse ne vaut que pour les fondations à dotation consomptible.

36 - Cette règle ne vaut que lorsque la dotation initiale résulte de plusieurs versements successifs.



Ces délibérations sont adressées sans délai au ministre de l'intérieur et au ministre de... (ainsi qu'au commissaire du gouvernement).

Dans le cas où le conseil de surveillance n'aurait pas pris les mesures indiquées, un décret interviendrait pour y pourvoir. Les détenteurs de fonds, titres et archives appartenant à la fondation s'en dessaisiront valablement entre-les mains du commissaire désigné par ledit décret.

Article 15

Les délibérations du conseil de surveillance, mentionnées aux articles 13 et 14 des présents statuts ne sont valables qu'après approbation du Gouvernement.

VI – Contrôle et règlement intérieur

Article 16

Le rapport annuel, le budget prévisionnel et les documents comptables mentionnés à l'article 12 des présents statuts sont adressés chaque année au préfet du département, au ministre de l'intérieur et au ministre de ³⁷...

Le ministre de l'intérieur et le ministre de... auront le droit de faire visiter par leurs délégués les divers services dépendant de l'établissement et de se faire rendre compte de leur fonctionnement. Ils pourront notamment désigner à cet effet le commissaire du gouvernement ³⁸.

Article 17

Un règlement intérieur, qui précise les modalités d'application des présents statuts, est élaboré conformément à l'article 7 des présents statuts. Il ne peut entrer en vigueur qu'après approbation du ministre de l'intérieur. Il est modifié dans les mêmes conditions.

Ce règlement est transmis à la préfecture du département.

Marchés et contrats administratifs

■ Assemblée générale – Avis n° 369.315 – 23 octobre 2003

Formation des contrats et marchés – Mode de passation des contrats – Dévolution par voie de convention par le ministère de l'intérieur à la « Fondation Jean-Moulin » de la gestion des prestations sociales au bénéfice d'agents relevant de ce ministère – Mesure d'organisation du service ne correspondant pas à une activité économique – Absence de soumission au code des marchés publics, à la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 et aux objectifs poursuivis par la directive du Conseil des Communautés européennes n° 92/50/CEE du

37 - À préciser selon l'objet de la fondation.

38 - Cette mention ne vaut que lorsque la fondation comporte un commissaire du gouvernement.



18 juin 1992, compte tenu des termes de l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales et le ministre de la fonction publique, de la réforme de l'État et de l'aménagement du territoire, des questions suivantes :

1. – Les différentes prestations confiées à la « Fondation Jean-Moulin » entrent-elles toutes dans le champ d'application du quatrième alinéa de l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ?

1.1. – Dans l'affirmative :

a) la dévolution à la « Fondation Jean-Moulin » des prestations qui entrent dans le champ d'application de l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée doit-elle, en fonction de la nature de chacune de ces prestations, faire l'objet d'un marché public, d'une délégation de service public en application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, ou ne relève-t-elle d'aucun de ces régimes ?

b) quel que soit le régime applicable, ces prestations peuvent-elles être confiées à la « Fondation Jean-Moulin » sans que trouvent à s'appliquer les procédures de publicité et de mise en concurrence de droit interne ?

c) dans l'hypothèse où certaines de ces prestations devraient faire l'objet d'un marché public, les dispositions du code des marchés publics autres que celles relatives à la publicité et à la mise en concurrence trouvent-elles à s'appliquer ?

d) si la dévolution des différentes prestations à la « Fondation Jean-Moulin » ne relève ni d'un marché public, ni d'une délégation de service public, quelle est la nature de l'acte juridique procédant à cette dévolution (arrêté ministériel, décret, décret en Conseil d'État ou convention) ?

1.2. – Dans la négative :

a) la dévolution à la « Fondation Jean-Moulin » des prestations qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée doit-elle faire l'objet d'un marché public ou d'une délégation de service public en application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 précitée ?

b) dans l'hypothèse où ces prestations devraient faire l'objet d'un marché public, sous quelles conditions soit le 2° de l'article 3, soit l'article 30 du code des marchés publics, soit les deux pourrai(en)t-il(s) être applicable(s) aux contrats par lesquels l'État confie à la « Fondation Jean-Moulin » le soin d'assurer l'une des prestations en cause ?

2. – Les prestations gérées par la « Fondation Jean-Moulin » entrent-elles dans le champ d'application de la directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ?



Dans l'affirmative :

a) ces prestations relèvent-elles de l'annexe IA ou de l'annexe IB de la directive ?

b) dans le cadre de la dévolution de la gestion d'une prestation relevant de l'annexe IA, la « Fondation Jean-Moulin » pourrait-elle être considérée comme un pouvoir adjudicateur au sens des articles 1b) et 6 de la directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 ?

c) quelle est la nature de l'acte juridique (arrêté ministériel, décret, décret en Conseil d'État ou convention) permettant d'attribuer la gestion à une fondation d'une prestation relevant de l'annexe IB de la directive ?

3. – S'agissant de la composition du conseil d'administration de la « Fondation Jean-Moulin » :

3.1. – En tout état de cause, quelles que soient les modalités de dévolution à la « Fondation Jean-Moulin » de la gestion des prestations d'action sociale, ladite fondation pourrait-elle, eu égard au fait que son conseil d'administration est actuellement composé notamment de hauts fonctionnaires relevant du ministère chargé de l'intérieur, légalement, tant au regard du droit interne que communautaire, se porter candidate à la dévolution de la gestion desdites prestations ?

3.2. – Le dernier alinéa de l'article 9 de la loi n° 93-634 du 13 juillet 1983 précitée, qui dispose que des représentants de l'État « peuvent participer aux organes d'administration et de surveillance » des organismes ayant reçu la mission de gérer des prestations d'action sociale à titre exclusif, fait-il obstacle à l'application du principe de la séparation de l'ordonnateur et du comptable ?

Dans la négative, quelle doit être la composition de l'organe directeur et la nature des ressources financières de la fondation à laquelle est confié le soin d'assurer une prestation prévue par le quatrième alinéa de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 précitée pour éviter que les dirigeants de cet organisme ne puissent être reconnus comptables de fait (le directeur des personnels, de la formation et de l'action sociale est aussi le premier vice-président de la fondation ; le directeur de la programmation, des affaires financières et immobilières exerce les fonctions de trésorier de la fondation) ?

3.3. – La responsabilité pénale des fonctionnaires membres du conseil d'administration de la « Fondation Jean-Moulin » qui exercent, par ailleurs, des fonctions d'autorité au sein du ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales est-elle susceptible d'être mise en cause ?

Dans l'affirmative, à quelles modifications du conseil d'administration de la « Fondation Jean-Moulin » conviendrait-il de procéder ?

Vu le traité instituant la Communauté européenne ;

Vu les directives du Conseil n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 et nos 93/36/CEE et 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics, respectivement de services, de fournitures et de travaux ;



Vu la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances ;

Vu le code pénal ;

Vu le code des juridictions financières, notamment son article L. 131-2 ;

Vu le code des marchés publics issu du décret n° 2001-710 du 7 mars 2001 ;

Vu la loi du 7 mai 1917 modifiée ayant pour objet l'organisation du crédit aux sociétés coopératives de consommation ;

Vu l'article 60 de la loi de finances n° 63-156 du 23 février 1963 ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires, en particulier son article 9, dans sa rédaction résultant de l'article 25 de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 ;

Vu la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 modifiée relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, notamment ses articles 38 à 41 ;

Vu le décret-loi du 12 novembre 1938 tendant à transformer les groupements de consommateurs en sociétés coopératives, pris sur le fondement de la loi du 5 octobre 1938 ;

Vu le décret n° 2001-371 du 27 avril 2001 relatif aux modalités de la gestion des prestations d'action sociale interministérielles ;

Vu le décret n° 2001-806 du 7 septembre 2001 pris pour l'application de l'article 30 du code des marchés publics et fixant la liste des services relevant des catégories mentionnées par cet article ;

Vu le décret du 11 décembre 1952 modifié qui a reconnu comme établissement d'utilité publique la fondation dite « Fondation Jean-Moulin » ;

Est d'avis, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Créée en 1952, à l'initiative du ministère de l'intérieur, avec pour but « l'organisation d'actions sociales au profit des fonctionnaires et agents du ministère de l'intérieur, en activité ou en retraite, et de leurs familles », la « Fondation Jean-Moulin » a été reconnue comme établissement d'utilité publique par un décret du 11 décembre 1952, qui a approuvé ses premiers statuts. Ceux-ci ont fait l'objet de modifications successives, dont les dernières en date ont été approuvées, conformément à l'avis du Conseil d'État (section de l'intérieur), par un arrêté du ministre de l'intérieur du 30 mars 2000.

Le conseil d'administration de la fondation est composé de seize membres ; parmi eux, huit de droit, tous hauts fonctionnaires du ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, soit *ès qualités*, soit sur désignation du ministre, dont le président. Ce dernier dispose d'une voix prépondérante, en cas de partage égal des voix.



La fondation est chargée par le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales de la gestion d'un ensemble de prestations d'action sociale destinées à ses agents, dans le cadre de conventions expressément prévues par l'article 22 de ses statuts : une convention cadre qui définit les secteurs d'intervention de la fondation, ainsi que les modalités de suivi et de contrôle de ses activités par le ministère ; une convention financière annuelle qui fixe le montant des subventions d'équilibre du ministère et leur affectation ; et des conventions spécifiques à durée indéterminée de mise à disposition du personnel et de matériel.

Il résulte des caractéristiques de la « Fondation Jean-Moulin » et de son financement que si celle-ci, tout en ayant été dotée d'un capital initial de 60 000 F, ne bénéficie pas, pour assurer la pérennité du financement de l'œuvre d'intérêt général dont elle est chargée, comme l'exige en principe le droit des fondations, de l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources d'une ampleur suffisante au regard de ses missions, elle répond néanmoins au critère d'exception défini par le Conseil d'État. En effet, il peut être satisfait à l'exigence de pérennité de l'action d'intérêt général poursuivie par une fondation lorsque des engagements en ce sens sont pris par la puissance publique.

Question 1 relative au point de savoir si l'ensemble des prestations dont la gestion est confiée à la « Fondation Jean-Moulin » par le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, relève du champ d'application de l'article 9 de la loi susvisée du 13 juillet 1983 :

Aux termes de l'article 9 de la loi susvisée du 13 juillet 1983 :

« Les fonctionnaires.... participent à la définition et à la gestion de l'action sociale, culturelle, sportive et de loisirs dont ils bénéficient ou qu'ils organisent. »

Les prestations d'action sociale, individuelles ou collectives, sont distinctes de la rémunération visée à l'article 20 de la présente loi et sont attribuées indépendamment du grade, de l'emploi ou de la manière de servir.

L'État, les collectivités locales et leurs établissements publics peuvent confier à titre exclusif la gestion de tout ou partie des prestations dont bénéficient les agents à des organismes à but non lucratif ou à des associations nationales ou locales régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

Ils peuvent participer aux organes d'administration et de surveillance de ces organismes. »

En l'absence de définition législative de l'action sociale de l'État en faveur de ses agents et compte tenu de l'objet limité du décret du 27 avril 2001 susvisé, le champ d'application des dispositions de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 doit être déterminé par référence à leurs termes mêmes ainsi qu'en tant que de besoin aux débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de cette loi. Il en ressort que l'acception retenue de l'action sociale est celle communément admise. Elle regroupe l'ensemble des prestations destinées à améliorer directement ou indirectement les conditions d'emploi, de travail et de vie des agents et de leurs familles, notamment en les aidant à faire face à diverses situations difficiles et en facilitant leur accès à des services collectifs divers. Toutefois, la qualification d'action sociale ne peut être reconnue à ces prestations que si, par leur contenu, elles présentent des caractéristiques garantissant



leur vocation sociale et les distinguant des prestations à caractère purement marchand ; ce qui suppose notamment qu'elles ne se bornent pas à offrir des services disponibles et aisément accessibles, en termes de localisation et de prix, sur le marché et que leurs conditions d'octroi et de tarification les rendent accessibles à l'ensemble des agents, en particulier ceux à revenus modestes.

Au regard de cette définition, s'agissant des prestations dont la gestion a été confiée par le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales à la « Fondation Jean-Moulin », relèvent de l'action sociale toutes les prestations à caractère individuel versées, au cas par cas, après examen de la situation particulière des agents et qui sont, au demeurant, d'un montant souvent modeste, ainsi que les prestations à caractère collectif tournées vers les catégories de personnel les moins favorisées, comme les séjours linguistiques, les séjours dits de découverte, les séjours réservés aux enfants handicapés. Il en est de même de la gestion des crèches et des restaurants administratifs ou de l'arbre de Noël qui constituent les éléments les plus traditionnels de l'action sociale de l'État. En ce qui concerne la gestion des centres de vacances (camping, maison familiale, résidences hôtelières...), il ressort des documents fournis que les conditions d'accès à ces équipements et en particulier la tarification adoptée qui prend en compte le montant des revenus des intéressés ont pour objet de permettre aux agents relevant des catégories les plus modestes du ministère et à leurs familles, d'accéder à des vacances au bord de la mer ou à la montagne à des prix réduits. Dès lors, la gestion de ces équipements relève de l'action sociale.

S'agissant des centres d'achat, dont l'objet est de permettre aux agents de s'approvisionner en divers biens de consommation courante ou d'équipement, sur les lieux du travail, il convient de se référer aux dispositions de l'article 2 de la loi du 7 mai 1917 susvisée. Elles ne permettent de qualifier « d'œuvres sociales », relevant par suite de la politique d'action sociale, que « les organismes ou groupements de consommateurs (...) créés en vue de l'achat collectif ou individuel et de la distribution de denrées ou de marchandises, ou de l'une seulement de ces opérations » constituées sous la forme de sociétés coopératives de consommation régies par ladite loi. Ce n'est donc que sous réserve de leur transformation en sociétés coopératives de consommation que les centres d'achat gérés par la « Fondation Jean-Moulin » sont susceptibles d'être regardés comme faisant partie de l'action sociale du ministère.

Questions 1.1. et 2 relatives aux conditions de dévolution à la « Fondation Jean-Moulin », au regard tant du droit national que du droit communautaire, de la gestion des prestations à caractère d'action sociale :

Il résulte des dispositions de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 ouvrant à l'État, aux collectivités locales et à leurs établissements publics la possibilité de confier à titre exclusif la gestion de tout ou partie des prestations d'action sociale à des organismes à but non lucratif, qu'en égard à leur domaine d'intervention, elles ont nécessairement pour objet au regard du droit interne, de permettre aux collectivités publiques de choisir un ou plusieurs organismes pour gérer de telles prestations sans avoir à respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence préalables prévues par le code des marchés publics. Le Conseil d'État statuant au contentieux s'est prononcé en ce sens par une décision du 23 janvier 2003, Mutuelle générale des services publics et



autres, n° 235.176. Une solution identique s'impose pour ce qui est des exigences de même nature résultant des dispositions de la loi susvisée du 29 janvier 1993 relatives aux conditions des délégations des services publics.

Il n'est nécessaire de s'interroger ni sur la compatibilité de ces dispositions législatives avec les objectifs poursuivis par la directive du Conseil des Communautés européennes n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 susvisée, ni sur la nécessité pour le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales de se conformer aux règles applicables aux marchés publics indépendamment même de la question précédemment évoquée des procédures de passation, dès lors que les prestations d'action sociale en cause, qui constituent un élément de la politique de gestion des ressources humaines de ce ministère, ne présentent pas, dans les conditions où elles sont mises en œuvre, le caractère d'une activité économique. Il suit de là qu'en organisant la gestion de ces prestations, le ministère procède à une simple organisation du service et il lui est loisible, soit de gérer lui-même en régie lesdites prestations, soit d'en confier la charge par voie de convention à la « Fondation Jean-Moulin », sans être astreint dans ce dernier cas à la passation d'un marché public de prestation de service.

Question 1.1. d)

La circonstance que l'article 9 précité de la loi du 13 juillet 1983 permet d'accorder des droits exclusifs n'implique pas que cette attribution exige le recours à un acte unilatéral. Le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales peut donc continuer à confier, par voie de contrat, à la « Fondation Jean-Moulin » la gestion des prestations sociales en faveur de ses agents.

Question 2. b)

Il résulte des caractéristiques des missions confiées à la « Fondation Jean-Moulin » et des relations existant entre elle et le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, que cette fondation doit être regardée comme un pouvoir adjudicateur, au sens des dispositions des directives du Conseil n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 et n° s 93/36/CEE et 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics respectivement de services, de fournitures et de travaux, qui soumettent aux obligations qu'elles instituent les organismes « *créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dotés de la personnalité juridique et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise au contrôle de ceux-ci, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public* ». La « Fondation Jean-Moulin », instituée pour gérer des prestations d'action sociale au bénéfice des agents de l'administration, a été ainsi créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et il résulte de la composition de son conseil d'administration, de son financement et du contrôle pesant sur elle que l'autre critère, prévu par les directives, pour caractériser un pouvoir adjudicateur est rempli.



Question 1.2. relative aux conditions de dévolution à la « Fondation Jean-Moulin » de la gestion des prestations n'ayant pas le caractère d'action sociale :

La question de la dévolution à la « Fondation Jean-Moulin » de la gestion des prestations n'ayant pas le caractère d'action sociale ne se pose que pour la gestion des centres d'achat, dans les conditions de gestion actuelle desdits centres. Or, il ressort des termes du décret-loi susvisé du 12 novembre 1938 que ce mode de gestion est irrégulier, dans la mesure où les dispositions de son article 1^{er} prévoient que « *Tous les organismes ou groupements de consommateurs appartenant ou non à une ou plusieurs entreprises privées ou à des administrations, services ou établissements publics, civils ou militaires, créés en vue de l'achat collectif ou individuel et de la distribution de denrées ou marchandises, ou de l'une seulement de ces opérations, devront être constitués sous la forme des sociétés coopératives de consommation régies par les lois du 7 mai 1917 et suivantes, s'ils comprennent au moins sept personnes bénéficiant des achats collectifs ou individuels. Les organismes et groupements précités existants devront se transformer en sociétés coopératives de consommation dans un délai de six mois à compter de la promulgation du présent décret, exception faite pour les économats des chemins de fer qui demeurent régis par l'article 77 du code du travail* ».

Le mode de gestion exigé par le décret doit être regardé comme exclusif de tout autre. Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, le fonctionnement des centres d'achat sous forme de sociétés coopératives de consommation a pour effet, en application de l'article 2 de la loi du 7 mai 1917, de conférer à ces centres la qualité d'œuvres sociales et de permettre de les regarder comme des prestations d'action sociale. Si le ministère entend que des centres d'achat continuent à fonctionner au bénéfice des agents de son administration, il lui appartient de veiller à leur transformation en sociétés coopératives de consommation. Il pourra alors en confier la gestion à tout organisme d'intérêt public dans les conditions particulières prévues par l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983.

Question 3 relative aux incidences de la composition du conseil d'administration de la « Fondation Jean-Moulin » :

La composition du conseil d'administration est sans incidence sur la possibilité ou non pour la « Fondation Jean-Moulin » de se porter candidate à la gestion des prestations en cause. Elle constitue, à l'inverse, un des éléments qui pourraient conduire à une déclaration de gestion de fait, s'il s'avérait qu'il puisse en résulter un lien de dépendance entre l'autorité publique et la fondation et que les sommes allouées à celle-ci ne se trouvent pas regardées comme laissées à la libre disposition d'un partenaire doté d'une véritable autonomie, mais comme étant gérées par les représentants de la personne publique, en méconnaissance du principe de la séparation de l'ordonnateur et du comptable. Certes, la loi du 13 juillet 1983 a prévu que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent participer aux organes d'administration et de surveillance des organismes à but non lucratif ou des associations nationales ou locales auxquels ils confient la gestion de prestations d'action sociale. Mais il n'en résulte pas que le législateur ait entendu déroger ainsi aux règles prohibant la gestion de fait et permettre à ces collectivités publiques de garder la maîtrise de l'utilisation des deniers publics versés à ces organismes ou asso-



ciations, notamment en disposant d'un pouvoir majoritaire au sein de leurs organes d'administration ou de surveillance ou en ayant un droit de regard et de suivi permanent sur leurs décisions.

Il découle des observations qui précèdent que, s'il entend se prémunir contre le risque qu'une déclaration de gestion de fait soit prononcée à l'encontre des fonctionnaires impliqués dans la gestion de la « Fondation Jean-Moulin », le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales doit revoir les statuts de la fondation afin d'éviter que ne soit conféré à ses représentants un pouvoir de direction de la fondation. Devrait pareillement être modifiée la convention qui lie l'État à ladite fondation et qui associe les représentants du ministère à la gestion des prestations d'action sociale relevant de la fondation.

Il convient de souligner que le recours à la formule de l'établissement public permettrait d'écartier pour l'avenir le risque de gestion de fait, tout en conférant aux autorités administratives un pouvoir de direction, de suivi et de contrôle en matière d'action sociale.

Question 3.3. relative à la responsabilité pénale susceptible d'être encourue par les fonctionnaires membres du conseil d'administration de la « Fondation Jean-Moulin » et exerçant par ailleurs des fonctions d'autorité au sein du ministère chargé de l'intérieur :

Deux types d'incrimination pénale sont susceptibles d'être envisagées à l'égard des fonctionnaires en cause : celle de prise illégale d'intérêt prévue à l'article 432-12, alinéa 1^{er} du code pénal, qui définit ce délit comme « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* » et celle de favoritisme prévue à l'article 432-14 du même code, aux termes duquel : « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public... de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité dans les marchés publics et les délégations de service public* ».

En ce qui concerne le délit de prise illégale d'intérêt, il suppose que le fonctionnaire en cause ait pris ou reçu ou conservé quelque intérêt que ce soit dans la « Fondation Jean-Moulin », sous forme de rémunération ou de prestation. Tel ne paraît pas être le cas au vu des pièces du dossier et notamment du fait que les fonctions d'administrateur de la fondation sont gratuites.

Pour ce qui est du délit de favoritisme, il suppose un manquement aux règles de passation des marchés publics garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, dès lors que ces règles sont dépourvues d'ambiguïté et sans qu'il soit nécessaire d'établir une intention frauduleuse. Il résulte de ce qui précède que l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 a pour effet d'écartier en tout état de cause les règles garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés publics s'agissant de la délégation par



l'administration de la gestion des prestations d'action sociale. Dans ces conditions et sous réserve de la régularisation des structures de gestion des centres d'achat, les modalités selon lesquelles le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales confie à la « Fondation Jean-Moulin », la gestion des prestations d'action sociale destinées à ses personnels peuvent être regardées comme n'étant pas susceptibles d'entraîner, par elles-mêmes, une incrimination pénale pour délit de favoritisme.

Outre-mer

■ Section de l'intérieur – Avis n° 368.706 – 25 février 2003

Droit applicable dans les collectivités d'outre-mer – Polynésie française – Formation professionnelle maritime – Compétence du territoire – Portée.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) saisi, en application de l'article 114 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et de l'article L. 225-3 du code de justice administrative, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Papeete par le président du gouvernement de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre l'État et le territoire ;

Vu la transmission en date du 9 janvier 2003, enregistrée au Conseil d'État le 17 janvier 2003, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Polynésie française portant sur la répartition des compétences entre l'État et le territoire et plus particulièrement sur les questions de savoir si la Polynésie française peut définir :

1° les catégories de navigation, notamment pour déterminer la durée de sortie en mer et les limites géographiques de la navigation ;

2° les prérogatives attachées aux titres de formation professionnelle maritime ainsi que les conditions d'obtention desdits titres ;

3° l'agrément de l'école de formation, des formateurs et des programmes d'enseignement ainsi que la délivrance desdits agréments ;

4° les règles relatives aux jurys d'examens en vue de la délivrance des brevets ;

5° les conditions de délivrance des attestations de succès auxdits brevets ainsi que des titres définitifs de formation professionnelle maritime ;

Vu la Constitution, notamment son article 74 ;

Vu la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, modifiée par la loi organique n° 96-624 du 15 juillet 1996 et la loi organique n° 2000-294 du 5 avril 2000 ;

Vu la convention internationale de 1978 sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille, faite à Londres le 7 juillet 1978, publiée par le décret n° 84-387 du 11 mai 1984, modifiée dans son annexe par



les amendements adoptés en 1995 et publiés par le décret n° 97-754 du 2 juillet 1997 ;

Vu le code de justice administrative, notamment son article L. 225-3 ;

Vu le décret n° 95-678 du 9 mai 1995 portant détermination des catégories de navigation maritime au large de la Polynésie française, ensemble l'arrêté interministériel du même jour portant détermination des catégories de navigation maritime de pêche au large de la Polynésie française ;

Vu le décret n° 99-439 du 25 mai 1999 relatif à la délivrance des titres de formation professionnelle maritime et aux conditions d'exercice de fonctions à bord des navires de commerce et de pêche ainsi que des navires de plaisance armés avec un rôle d'équipage, notamment son article 72 ;

Vu l'arrêté du ministre de l'équipement, des transports et du logement et du secrétaire d'État à l'outre-mer du 31 juillet 2001 relatif à la mise en conformité des titres de formation professionnelle maritime délivrés en Polynésie française avec les normes internationales de formation des gens de mer pour le service à bord des navires de commerce ;

Vu l'arrêté conjoint État/territoire n° 235 du 9 mars 1989 relatif aux conditions d'exercice du commandement et des fonctions d'officiers à bord des navires de commerce et de pêche en Polynésie française, modifié par les arrêtés n° 890 du 18 août 1995 et n° 530 CM du 24 septembre 2001 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1. L'article 5 de la loi organique du 12 avril 1996 dispose que « Nonobstant toutes dispositions contraires, les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par les dispositions de l'article 6 de la présente loi... ». L'article 6 de la même loi organique dispose que « Les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes : 1° Relations extérieures, y compris en matière financière et commerciale... ; 3° Dessertes maritime et aérienne entre la Polynésie française et les autres points du territoire de la République après avis du gouvernement de la Polynésie française... ; 6°... police et sécurité en matière de circulation aérienne et maritime, sous réserve des dispositions de l'article 27 (11°)... ; 11° Enseignement supérieur... ». L'article 27 de la même loi organique dispose que « Le conseil des ministres fixe les règles applicables aux matières suivantes : ... 11° Sécurité de la navigation et de la circulation dans les eaux intérieures dont les rades et les lagons ; pilotage à l'approche et à la sortie des eaux intérieures ».

2. Il résulte de l'ensemble des dispositions précitées que l'État reste compétent, dans les limites fixées par les dispositions combinées du 6° de l'article 6 et du 11° de l'article 27 de la loi organique du 12 avril 1996, pour déterminer les catégories de navigation, dès lors que cette matière touche directement à la police et à la sécurité en matière de navigation maritime, au sens des dispositions précitées de l'article 6. La compétence de l'État s'étend également à la définition des prérogatives attachées aux titres de formation professionnelle maritime ainsi qu'à la fixation des conditions générales d'obtention de ces titres.



3. En revanche, il résulte de l'ensemble des mêmes dispositions de la loi organique que la formation professionnelle maritime n'est pas au nombre des compétences de l'État en Polynésie française. Par suite, l'organisation des filières de formation professionnelle maritime, la composition des jurys et les modalités de délivrance des brevets et titres définitifs relèvent de la compétence du territoire.

4. Dans l'exercice de sa compétence, le territoire doit se conformer aux engagements internationaux de la France et notamment à la convention susvisée de 1978, amendée en 1995, qui, en l'absence de stipulations en disposant autrement, est applicable en Polynésie française. Le territoire doit mettre en place les formations exigées par cette convention pour les officiers et marins. Il peut, le cas échéant, solliciter le concours de l'État pour mettre en œuvre les règles et moyens nécessaires.

5. Tout brevet ou titre délivré en France et qui répond aux conditions exigées par la convention de 1978 est opposable sur tout le territoire de la République.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 368.861 – 14 mai 2003

Polynésie française – Répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française – Compétence de la Polynésie française en matière de santé publique – Étendue – Prescription d'examens prénataux et postnataux dans le cadre de la protection maternelle et infantile, obligation vaccinale contre certaines maladies transmissibles.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) saisi, en application de l'article 114 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Papeete par le président du gouvernement de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre l'État et la collectivité d'outre-mer ;

Vu la transmission en date du 9 janvier 2003, enregistrée au Conseil d'État le 4 mars 2003, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Polynésie française portant sur la question suivante.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, ayant affirmé à propos d'une loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception que si la santé relève, en application de l'article 5 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996, de la compétence des autorités de la Polynésie française, certaines dispositions touchant la santé sont, en application de l'article 6 de la loi organique précitée, de la compétence de l'État lorsqu'elles intéressent le droit des personnes et les garanties des libertés publiques, l'Assemblée de la Polynésie française peut-elle sans méconnaître les dispositions de ces articles.

– rendre obligatoires les examens prénataux et postnataux ainsi que les examens médicaux infantiles dans le cadre de la protection maternelle et infantile ;

– rendre obligatoires les vaccinations contre certaines maladies transmissibles pour l'ensemble de la population ou pour les personnes qui exercent une activité professionnelle dans un établissement ou organisme public ou privé de prévention ou de soins et soumettre à déclaration obligatoire auprès de l'auto-



rité sanitaire des maladies qui nécessitent une intervention urgente locale, nationale ou internationale et les maladies dont la surveillance est nécessaire à la conduite et à l'évaluation de la politique de santé publique dans le cadre de la lutte contre les épidémies et certaines maladies transmissibles ?

Vu la Constitution, notamment son Préambule ;

Vu la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française modifiée par la loi organique n° 96-624 du 15 juillet 1996 et la loi organique n° 2000-294 du 5 avril 2000 ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, notamment son article 47 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :

Aux termes de l'article 5 de la loi organique du 12 avril 1996 susvisée «... les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par les dispositions de l'article 6 de la présente loi... » ; la santé publique ne relevant pas des compétences de l'État limitativement énumérées par l'article 6 de la loi organique, il appartient en principe aux autorités de la Polynésie française d'assurer, ainsi d'ailleurs qu'elles le font depuis le décret n° 57-812 du 22 juillet 1957, la protection sanitaire de la population établie sur le territoire, en particulier en matière de protection maternelle et infantile et de lutte contre les épidémies et certaines maladies transmissibles.

Dans ce but, les autorités de la Polynésie française sont compétentes pour rendre obligatoires des examens prénataux et postnataux ainsi que des examens médicaux infantiles ; elles peuvent également soumettre à déclaration obligatoire auprès de l'autorité sanitaire compétente des maladies qui nécessitent une intervention urgente locale, nationale ou internationale et les maladies dont la surveillance est nécessaire à la conduite et à l'évaluation de la politique de santé publique à la condition toutefois que tout recensement d'informations nominatives respecte les prescriptions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 susvisée.

Les autorités de cette collectivité d'outre-mer peuvent encore décider de rendre obligatoire des vaccinations sans pour autant empiéter sur la compétence réservée à l'État dans le domaine du droit civil ou en matière de garantie des libertés publiques par l'article 6 (7°) de la loi organique susvisée, dès lors qu'il s'agit de mesures de police sanitaire, que toute personne exposée à des contre-indications médicales peut en être exemptée et qu'en cas de dommages résultant de vaccinations obligatoires la victime bénéficie d'un régime spécifique de responsabilité pour obtenir une indemnisation conformément aux précisions apportées par la jurisprudence administrative (CE, 7 mars 1958, *Secrétaire d'État à la Santé publique c./Dejous*).

La compétence ainsi reconnue aux autorités de la Polynésie française pour prendre les mesures particulières mentionnées ci-dessus s'exerce dans le respect des engagements internationaux de la France qui ont été souscrits dans les domaines considérés, spécialement dans celui de la lutte contre les épidémies et certaines maladies transmissibles ; les impératifs de protection de la santé publique reconnus comme principes de valeur constitutionnelle s'imposent, en outre, à ces autorités dans l'exercice de cette compétence.



■ **Section de l'intérieur – Avis n° 369.022 – 3 juin 2003**

Droit applicable outre-mer – Nouvelle-Calédonie – Compétences respectives de l'État et de la Nouvelle-Calédonie – Zone économique exclusive et plateau continental.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Nouméa et portant sur la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la transmission en date du 15 avril 2003, enregistrée au Conseil d'État le 23 avril 2003, de la demande d'avis présentée par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et portant sur le point de savoir qui, de l'État ou de la Nouvelle-Calédonie, est compétent pour régler et exercer les droits d'exploration, d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources naturelles, biologiques et non-biologiques, du sol et du sous-sol à l'intérieur des 200 milles marins de la zone économique exclusive située au large des côtes de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la Constitution ;

Vu la loi n° 95-1311 du 21 décembre 1995 autorisant la ratification de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (ensemble neuf annexes) et de l'accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (ensemble une annexe) ainsi que le décret n° 96-774 du 30 août 1996 qui en porte publication ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, modifiée par les lois organiques n° 2000-294 du 5 avril 2000 et n° 2000-612 du 4 juillet 2000, notamment ses articles 21, 22 et 206 ;

Vu la loi n° 68-1181 du 30 décembre 1968 modifiée relative à l'exploration du plateau continental et à l'exploitation de ses ressources naturelles ;

Vu la loi n° 71-1060 du 24 décembre 1971 relative à la délimitation des eaux territoriales françaises ;

Vu la loi n° 76-655 du 16 juillet 1976 modifiée relative à la zone économique et à la zone de protection écologique au large des côtes du territoire de la République ;

Vu le décret n° 78-142 du 3 février 1978 portant création, en application de la loi du 16 juillet 1976, d'une zone économique au large des côtes du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances ;

Vu le code de justice administrative, notamment son article L. 224-4 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1. Aux termes de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : « I – L'État est compétent dans les matières suivantes : (...) 12° Exercice, hors des eaux territoriales, des compétences résultant des conventions internationales, sous réserve des dispositions du 10° de l'article 22 relatives aux ressources de la zone économique exclusive » et aux termes



de l'article 22 de la même loi : « La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : (...) 10° Réglementation et exercice des droits d'exploration, d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources naturelles, biologiques et non biologiques, de la zone économique exclusive ».

La zone économique exclusive est définie par la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, signée à Montego-Bay le 10 décembre 1982, comme « une zone située au-delà de la mer territoriale et adjacente à celle-ci » (article 55) et qui « ne s'étend pas au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale » (article 57). Cette zone est soumise au régime particulier établi par la partie V de la convention (article 55).

Dans la zone économique exclusive qu'il lui revient de créer, l'État côtier exerce notamment des « droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques et non biologiques, des eaux surjacentes aux fonds marins, des fonds marins et de leur sous-sol, ainsi qu'en ce qui concerne d'autres activités tendant à l'exploration et à l'exploitation de la zone à des fins économiques, telles que la production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents » (article 56, paragraphe 1, sous a). Il lui incombe cependant d'exercer ces droits en tenant « dûment compte des droits et des obligations des autres États » et « d'une manière compatible avec la Convention » (article 56, paragraphe 2). La convention prévoit, toutefois, que « les droits relatifs aux fonds marins et à leur sous-sol s'exercent dans les conditions prévues par les stipulations de la partie VI de la convention » (article 56, paragraphe 3).

La partie VI de la convention est relative au « plateau continental », lequel comprend, aux termes de l'article 76, paragraphe 1, de la convention, les fonds marins et leur sous-sol au-delà de la mer territoriale de l'État côtier, sur toute l'étendue du prolongement terrestre de cet État jusqu'au rebord externe de la marge continentale, dans les limites prévues aux paragraphes 4 à 6 du même article, ou jusqu'à 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, lorsque le rebord externe de la marge continentale se trouve à une distance inférieure. En vertu de l'article 77 de la convention, l'État côtier dispose du droit d'explorer et d'exploiter les ressources naturelles du plateau continental, c'est-à-dire les ressources minérales et autres ressources non biologiques des fonds marins et de leur sous-sol ainsi que les espèces sédentaires qui y vivent. Les droits de l'État côtier sur ces ressources sont à la fois exclusifs, en ce sens que si l'État côtier ne procède à aucune exploration ou exploitation, nul ne peut entreprendre de telles activités sans son consentement exprès, et indépendants de toute occupation effective ou fictive, aussi bien que de toute proclamation expresse (article 77, paragraphes 2 et 3).

La loi du 16 juillet 1976 modifiée relative à la zone économique et à la zone de protection écologique au large des côtes du territoire de la République prévoit, d'une part, que « la République exerce, dans la zone économique pouvant s'étendre depuis la limite des eaux territoriales jusqu'à 188 milles marins au-delà de cette limite, des droits souverains en ce qui concerne l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques, du fond de la mer, de son sous-sol et des eaux surjacentes » et que ces droits sont exercés dans les conditions et modalités prévues par la loi



(article 1^{er}), d'autre part, que les dispositions de la loi du 30 décembre 1968 relative à l'exploration du plateau continental et à l'exploitation de ses ressources naturelles sont applicables au fond de la mer et à son sous-sol dans la zone économique ainsi définie (article 2).

Une zone économique de 188 milles marins, sous réserve d'accords avec les États voisins, a été créée au large des côtes de la Nouvelle-Calédonie par le décret susvisé du 3 février 1978, pris en application de l'article 5 de la loi du 16 juillet 1976. Conformément au deuxième alinéa de l'article 1^{er} du décret du 3 février 1978, les dispositions de la loi du 16 juillet 1976 sont entrées en vigueur dans la zone ainsi créée à la date de publication du décret, soit le 11 février 1978.

2. Il ressort du rapprochement des termes des articles 21 et 22 de la loi organique du 19 mars 1999, d'une part, de l'article 56 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer et de l'article 1^{er} de la loi du 16 juillet 1976, d'autre part, que le législateur agissant par voie de loi organique a donné compétence à la Nouvelle-Calédonie pour exercer l'ensemble des droits conférés à la République française par l'article 56, paragraphe 1, sous a) de la convention, c'est à dire le droit d'explorer, d'exploiter, de conserver et de gérer, dans les conditions prévues par la convention, les ressources naturelles, biologiques et non biologiques, de la zone économique exclusive, y compris celles de son sol et de son sous-sol.

Compte tenu des termes de l'article 56, paragraphe 3, de la convention et de ceux de l'article 2 de la loi du 16 juillet 1976, l'exploration, l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources naturelles du sol et du sous-sol de la zone économique exclusive doivent se faire dans les conditions prévues par les stipulations de la partie VI de cette convention, et bénéficie, en particulier, du caractère d'exclusivité et d'indépendance reconnu par les paragraphes 2 et 3 de l'article 77 de la convention.

3. Il en résulte que la Nouvelle-Calédonie est compétente, en vertu du 10° de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999, pour réglementer et exercer, dans les conditions prévues par la partie VI de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, les droits d'exploration, d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources naturelles de la partie du plateau continental située en deçà de 200 milles marins des lignes de base, qui constitue le sol et le sous-sol de la zone économique exclusive.

En revanche, en vertu du 12° du I de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999, l'État est seul compétent pour réglementer et exercer, dans les mêmes conditions, les droits d'exploration, d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources naturelles de la partie du plateau continental située au-delà de 200 milles marins des lignes de base.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 369.257 – 16 septembre 2003

Droit applicable outre-mer – Institutions propres des collectivités territoriales d'outre-mer – Polynésie française – Répartition des compétences entre l'État, la Polynésie française et les communes – Saisine pour avis du Conseil d'État – Conditions.



Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi par le président du tribunal administratif de Papeete d'une demande d'avis présentée par le haut-commissaire de la République en Polynésie française sur le point de savoir :

1° si le gouvernement de la Polynésie française est compétent pour définir les prérogatives attachées aux titres de formation professionnelle maritime et les conditions générales d'obtention de ces titres en ce qui concerne la navigation dans les eaux intérieures, en particulier les rades et lagons ;

2° si, dans le cadre du respect des engagements internationaux de la France et notamment de la convention internationale de 1978, amendée en 1995, sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille, l'État est compétent pour agréer les formations professionnelles maritimes et le processus conduisant à la délivrance par le gouvernement de la Polynésie française de titres prescrits par ladite convention ;

Vu le code de justice administrative, notamment ses articles L. 212-1, L. 225-3, R. 212-1 et R. 212-4 ;

Vu la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, modifiée par la loi organique n° 96-624 du 15 juillet 1996 et la loi organique n° 2000-294 du 5 avril 2000, notamment son article 114 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Il résulte de l'article 114 de la loi organique susvisée, dont les dispositions sont reprises par l'article L. 225-3 du code de justice administrative, que les demandes d'avis portant sur la répartition des compétences entre l'État, le territoire et les communes ne sont transmises au Conseil d'État que lorsqu'elles émanent du président du gouvernement de la Polynésie française ou du président de l'assemblée de Papeete. Le Conseil d'État ne peut donc que constater l'irrecevabilité de la présente demande dès lors qu'elle émane du haut-commissaire. Il appartient en revanche au tribunal administratif de Papeete, dans l'exercice des fonctions consultatives générales qu'il tient de l'article L. 212-1 du code de justice administrative, de donner un avis, conformément aux dispositions combinées des articles R. 212-1 et R. 212-4 dudit code, sur les questions posées par le haut-commissaire.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 369.561 – 23 octobre 2003

Droit applicable dans les collectivités d'outre-mer – Consentement des populations exigé par le premier alinéa de l'article 72-4 de la Constitution ou par le dernier alinéa de l'article 73, dans leur rédaction résultant de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 – Informations dont doivent disposer les électeurs pour que leur consentement soit éclairé – Nécessité dans les documents officiels remis aux électeurs de limiter leur information aux conséquences juridiques que leur choix emportera nécessairement – Possibilité pour le Gouvernement de faire connaître par ailleurs les orientations qu'il envisage pour la mise en œuvre de la réforme proposée.



Le Conseil d'État, saisi par le Premier ministre des questions suivantes :

1°) La déclaration que le Gouvernement doit faire devant chaque assemblée, en application du deuxième alinéa de l'article 72-4 de la Constitution, lorsque le Président de la République, sur proposition du Gouvernement, décide de recueillir le consentement des électeurs d'une collectivité territoriale d'outre-mer sur un changement de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74 de la Constitution, doit-elle intervenir avant ou après la décision du Président de la République ?

2°) Cette déclaration est-elle également requise lorsque, en application du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution, la consultation porte sur la création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou sur l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ?

3°) Dans l'un et l'autre cas, quelles sont les informations dont doivent nécessairement disposer les électeurs pour que leur consentement soit suffisamment éclairé ? Ces informations engagent-elles juridiquement le législateur à qui il reviendra, le cas échéant, de fixer le statut de la nouvelle collectivité ou les modalités de l'institution d'une assemblée délibérante unique ?

Vu la Constitution, notamment ses articles 3, 34, 46, 72-4, 73 et 74,

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :

Sur la première question :

L'article 72-4, ajouté à la Constitution par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, dispose dans son premier alinéa : « Aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3, de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant. Ce changement de régime est décidé par une loi organique. »

Aux termes du second alinéa du même article : « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au *Journal officiel*, peut décider de consulter les électeurs d'une collectivité territoriale située outre-mer sur une question relative à son organisation, à ses compétences ou à son régime législatif. Lorsque la consultation porte sur un changement prévu à l'alinéa précédent et est organisée sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat. »

Il résulte des termes mêmes de ces dispositions, en vertu desquelles la déclaration du Gouvernement devant chaque assemblée a lieu lorsque la consultation « est organisée » sur sa proposition, que cette déclaration ne peut intervenir qu'après que la consultation a été décidée par le Président de la République.

Sur la deuxième question :

Aux termes du dernier alinéa de l'article 73 : « La création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne



peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités ».

Ces dispositions, en renvoyant globalement aux « formes prévues au second alinéa de l'article 72-4 », doivent être interprétées comme rendant applicable aux consultations qu'elles prévoient l'ensemble des formalités énoncées à l'alinéa auquel elles se réfèrent. Celles-ci comprennent non seulement l'exigence que la consultation soit décidée par le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au *Journal officiel*, mais également l'exigence que, lorsque la consultation est organisée sur proposition du Gouvernement, celui-ci fasse, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat.

La disposition de l'article 72-4 de la Constitution selon laquelle la déclaration du Gouvernement devant chaque assemblée a lieu « lorsque la consultation porte sur un changement prévu à l'alinéa précédent » a pour seul objet de distinguer, au sein de l'article dans lequel elle prend place, d'une part, la consultation organisée en application du premier alinéa de cet article, qui requiert la déclaration du Gouvernement devant les assemblées, d'autre part, la consultation organisée en application du second alinéa de cet article, qui ne la requiert pas.

Au demeurant, il est conforme à l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution que le Parlement soit informé aussi bien des consultations organisées en application du dernier alinéa de l'article 73 que de celles qui sont organisées en application du premier alinéa de l'article 72-4, et il ne ressort pas des travaux préparatoires que l'intention du constituant aurait été autre.

Sur la troisième question :

1. – Lorsque les électeurs sont consultés en application du premier alinéa de l'article 72-4 de la Constitution, il résulte des termes mêmes de cet alinéa que leur consentement ne porte que sur le principe du changement de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74 de la Constitution, et non sur les modalités de ce changement qui sont décidées par la loi organique. De même, lorsque les électeurs sont consultés en application du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution, leur consentement est demandé sur le principe de la création d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou sur celui de l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités, et non sur les modalités d'une telle réforme qui sont décidées par la loi.

Ces consultations doivent satisfaire à l'exigence de clarté et de loyauté, qui a valeur constitutionnelle. Les électeurs doivent donc être informés des conséquences que leur choix emportera nécessairement. Il s'ensuit que les documents qui seront adressés par l'administration aux électeurs ne doivent contenir aucune autre information que celle relative aux conséquences qui résulteraient nécessairement, en application de la Constitution elle-même, du changement proposé, quelles que puissent être, par ailleurs, les modalités du statut de la nouvelle collectivité qui seront ultérieurement fixées par le législateur.



En particulier, ces documents n'ont pas à préciser les intentions du Gouvernement sur l'autonomie, au sens de l'article 74 de la Constitution, dont pourrait être dotée une collectivité régie par cet article. Ainsi, dans l'hypothèse où le Gouvernement envisagerait de doter de l'autonomie une collectivité déjà régie par l'article 74, il ne serait pas tenu de recueillir le consentement des électeurs.

2. – En revanche, il est loisible au Gouvernement de faire connaître par ailleurs, notamment dans le cadre de la campagne précédant le scrutin, les orientations qu'il envisage pour la mise en œuvre de la réforme proposée aux électeurs, s'agissant par exemple de l'organisation, des compétences ou du régime législatif de la nouvelle collectivité. Mais ces orientations ne sauraient engager juridiquement le législateur, auquel il appartiendra, le cas échéant, de mettre en œuvre la réforme envisagée.

Le législateur, en application du premier alinéa de l'article 72-4 et du dernier alinéa de l'article 73, est tenu de se conformer au choix des électeurs dans la seule hypothèse où ces derniers n'auraient pas consenti à une réforme proposée en application de ces alinéas ; il ne peut, en pareil cas, procéder à cette réforme.

Police administrative

■ Section des travaux publics – Avis n° 365.548 – 28 janvier 2003

Protection du littoral – Combinaison des pouvoirs de police générale et de police spéciale – Police des ports – Responsabilités du maire, du préfet, du préfet maritime et des autorités portuaires.

Le Conseil d'État (section des travaux publics) saisi par le ministre de l'équipement, des transports et du logement d'une demande d'avis portant sur les questions de savoir :

1) Comment doivent être interprétées les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'étendue des pouvoirs de police du maire en cas de sinistre survenant dans un port de commerce placé sous la responsabilité de l'État, et si les dispositions de l'article L. 2212-3 du code général des collectivités territoriales résultant de la loi du 3 janvier 1986 ont eu pour effet de priver le maire de sa compétence pour lutter contre l'incendie dans les ports maritimes ou, tout au moins, de limiter celle-ci à la partie des ports située du côté de la terre ;

2) Comment doivent être appréciées les responsabilités respectives du maire, du préfet et du préfet maritime en cas d'incendie survenant à bord d'un navire et donnant lieu à déclenchement d'un plan d'urgence ;

3) Comment doivent être combinées les responsabilités exercées par le maire, par le préfet et par le préfet maritime avec celles confiées aux autorités portuaires par le règlement général de police des ports maritimes de commerce et de pêche ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;



Vu le code des ports maritimes ;

Vu la loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 modifiée relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral ;

Vu la loi n° 87-565 du 22 juillet 1987 modifiée relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs, ensemble le décret n° 88-622 du 6 mai 1988, pris pour son application, relatif aux plans d'urgence ;

Vu le décret n° 78-272 du 9 mars 1978 modifié relatif à l'organisation des actions de l'État en mer ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations ci-après :

Sur la première question :

Aux termes de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment : (...) 5° Le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature, tels que les incendies, les inondations, les ruptures de digues, les éboulements de terres ou de rochers, les avalanches et autres accidents naturels, les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties, de pourvoir d'urgence à toutes mesures d'assistance et de secours, et, s'il y a lieu, de provoquer l'intervention de l'administration supérieure. »

Ces dispositions s'appliquent sur l'ensemble du territoire communal dont aucune règle législative en vigueur n'exclut les ports, qu'il s'agisse de leur partie maritime ou de leur partie terrestre et quelle que soit la collectivité dont ils relèvent. À cet égard, la situation des ports diffère de celle des aéroports dans l'emprise desquels, en vertu de l'article L. 213-2 du code de l'aviation civile, les pouvoirs de police dévolus au maire par les dispositions précitées du code général des collectivités territoriales, sont exercés par le préfet de département.

Il est vrai que la loi du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral a prévu, en son article 31, aujourd'hui repris à l'article L. 2212-3 du code général des collectivités territoriales, que : « La police municipale des communes riveraines de la mer s'exerce sur le rivage de la mer jusqu'à la limite des eaux ». Mais ces dispositions, qui figurent dans un chapitre intitulé « Des plages » du titre II de la loi et qui, destinées à limiter la mise en jeu de la responsabilité des communes littorales en cas d'accident survenant dans les eaux territoriales, ont pour corollaire celles de l'article 32 de la même loi (devenu l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales) chargeant le maire d'une police spéciale des baignades et activités nautiques pratiquées à partir du rivage jusqu'à 300 mètres de la limite des eaux, ne concernent pas les ports.

Les plans d'eau des ports situés à l'intérieur de leurs limites administratives, sur lesquels ne s'exerce pas, en vertu de l'article 1^{er} du décret du 9 mars 1978 relatif à l'action de l'État en mer, l'autorité de police générale sur mer dévolue au préfet maritime, sont donc compris, comme leurs parties terrestres, dans le



champ territorial de la compétence générale de police du maire. Au-delà de la limite administrative des ports, laquelle est déterminée, du côté de la mer, par le préfet en application de l'article R. 151-1 du code des ports maritimes, la compétence de police générale du maire cesse pour revenir au préfet maritime. Il en va ainsi, notamment, de l'espace maritime situé à l'intérieur de la circonscription des ports autonomes fixée par décret en Conseil d'État mais au-delà de leurs limites administratives.

Il convient toutefois de souligner que l'exercice par le maire de son pouvoir de police générale ne fait pas obstacle à l'intervention du préfet de département soit au titre des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales, soit sur le fondement de polices spéciales, et en particulier de la législation sur les installations classées.

De même, la police municipale dans les ports doit être combinée, ainsi qu'il sera précisé plus avant, avec les pouvoirs de police spéciale dévolus aux officiers de port par le livre III du code des ports maritimes.

Le Conseil d'État (section des travaux publics) relève que la combinaison des textes applicables peut rendre difficile, en cas de sinistre important survenant dans un port maritime, la détermination des autorités responsables (maire, préfet, préfet maritime, autorités du port) et appelle l'attention du ministre sur l'intérêt qui s'attacherait à un réexamen de l'ensemble de la législation actuelle afin d'y apporter, en fonction notamment des risques susceptibles de se produire dans les différentes sortes de ports, les clarifications, corrections et compléments souhaitables.

Sur la deuxième question :

L'article 3 de la loi du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt et à la prévention des risques majeurs dispose que les plans d'urgence, au nombre desquels figurent les plans particuliers d'intervention définis à l'article 4 de la même loi, « prévoient les mesures à prendre et les moyens de secours à mettre en œuvre pour faire face à des risques de nature particulière ou liés à l'existence et au fonctionnement d'installations ou d'ouvrages déterminés ».

Les ports relevant de l'autorité de l'État peuvent faire l'objet de plans particuliers d'intervention, soit pour l'ensemble de leur site, soit pour des ouvrages ou installations situés dans l'aire portuaire, dans les conditions définies par les articles 6 à 10-1 du décret du 6 mai 1988 relatif aux plans d'urgence pris pour l'application de la loi du 22 juillet 1987.

Le fait qu'un plan particulier d'intervention a été préparé à l'initiative du préfet et arrêté par lui après avis des maires et de l'exploitant intéressés, n'a pas pour effet de modifier le champ des compétences de police générale du maire sur le territoire où sont situés les ouvrages et installations faisant l'objet de ce plan. L'article 4 de la loi du 22 juillet 1987 précise d'ailleurs que c'est « sous le contrôle des autorités de police » que doivent être prévues les mesures incombant à l'exploitant. L'autorité municipale à qui il appartient notamment de prendre les mesures d'information et d'assurer la diffusion de documents dans les conditions fixées par l'article 9 du décret, est toutefois fondée, dans l'appréciation de ses propres obligations en matière de préven-



tion des sinistres, à tenir compte de celles qui sont mises à la charge de l'exploitant et dont elle doit être informée.

En revanche, lorsque est décidé le déclenchement d'un plan d'urgence, notamment d'un plan particulier d'intervention, il résulte de l'article 5 de la loi que l'ensemble des compétences liées à la direction des opérations de secours sont transférées au préfet du département ou, lorsque ces opérations intéressent le territoire de plusieurs départements, au préfet désigné par le Premier ministre.

Sur la troisième question :

L'article R. 311-9 du code des ports maritimes précise les conditions dans lesquelles, « sous réserve des pouvoirs de police appartenant aux maires en la matière », les officiers de port sont appelés à diriger les secours qu'il faut apporter aux navires en danger, notamment en cas d'incendie, et à prendre toutes les mesures d'urgence nécessaires à la sauvegarde de l'intérêt général.

L'article R. 351-1 du même code prévoit l'établissement d'un règlement général de police applicable tant dans les ports qui relèvent de l'État que dans les ports départementaux et qui donne à des autorités portuaires précisément désignées les pouvoirs de police nécessaires au fonctionnement interne du port. C'est ainsi que l'article 23 de ce règlement donne compétence au commandant de port, en cas d'incendie à bord d'un bâtiment, pour autoriser le déplacement du bateau.

Les compétences de police spéciale qu'exercent, dans ces hypothèses, les autorités portuaires en application du titre III du code des ports maritimes sont sans incidence sur la détermination de l'autorité appelée à exercer les compétences de police générale et, éventuellement, de l'autorité à laquelle est dévolue la direction des opérations de secours et n'ont ni pour objet, ni pour effet de porter atteinte à l'étendue des pouvoirs que ces autorités tiennent des textes applicables.

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, cette autorité est, à l'intérieur des limites administratives du port, le maire ou le préfet en fonction des règles et situations évoquées plus haut. Au-delà de ces limites, c'est au préfet maritime qu'appartient la compétence de police générale en mer.

Pouvoirs publics

■ Assemblée générale – Avis n° 368.975 – 30 avril 2003

Parlement – Procédure parlementaire – Projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales – Applicabilité aux projets de lois organiques ayant un tel objet – Mise en œuvre à propos du projet de loi organique relatif à l'expérimentation et au référendum local.

Le Conseil d'État, saisi par le Premier ministre de la question de savoir, si les lois organiques prévues respectivement pour l'application du quatrième alinéa de l'article 72 et du deuxième alinéa de l'article 72-1 de la Constitution sont soumises aux règles de procédure introduites à l'article 39 par la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 ;



Vu la Constitution, notamment ses articles 39, 45, 46, 72 et 72-1 ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes des dispositions de la dernière phrase du dernier alinéa introduite par la loi constitutionnelle précitée du 28 mars 2003 à l'article 39 de la Constitution : « ... les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales... sont soumis en premier lieu au Sénat. »

Sous réserve des dispositions particulières énoncées à son article 46, les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques sont élaborées dans les mêmes conditions que les lois qui ne présentent pas ce caractère ; par voie de conséquence, les lois organiques, prévues respectivement par le quatrième alinéa de l'article 72 et par le deuxième alinéa de l'article 72-1 sont soumises à la procédure prévue par l'article 39 et doivent être présentées en premier lieu au Sénat lorsqu'elles ont pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales.

Il ressort des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, et auxquels il y a lieu en l'espèce de se référer, que, pour expliciter la portée qu'il entendait attribuer aux termes : « organisation des collectivités territoriales » qu'il retenait pour définir le champ d'application des nouvelles dispositions introduites à l'article 39 de la Constitution, le constituant a entendu se référer au sens déjà conféré à cette expression par le code général des collectivités territoriales et, plus précisément, viser non pas l'ensemble des règles de compétence et de fonctionnement de ces collectivités, mais les dispositions relatives au nom et aux limites territoriales ainsi que celles fixant les règles essentielles relatives aux organes et aux actes.

Les dispositions du projet relatives au référendum local précisent les conditions dans lesquelles sont organisées les procédures conduisant à la prise de décision dans le domaine de compétence que détiennent ces collectivités. De telles dispositions doivent ainsi être regardées comme portant principalement sur l'organisation des collectivités territoriales ; elles sont dès lors soumises aux dispositions précitées de l'article 39 de la Constitution et doivent être présentées, en premier lieu, au Sénat.

Il n'en va pas de même pour les dispositions du projet définissant les conditions dans lesquelles, selon le cas, la loi ou le règlement autorise les collectivités territoriales à déroger, à titre expérimental, aux règles qui définissent l'exercice de leurs attributions. Ces dispositions s'analysent comme portant principalement sur les compétences de ces collectivités et n'entrent pas, dès lors, dans le champ d'application défini par les dispositions précitées de l'article 39.

Si le Gouvernement entend donner suite à la position adoptée par le Conseil d'État sur le projet de loi organique dont il a été saisi simultanément à la présente demande d'avis et qui consiste à séparer en deux projets distincts les dispositions relatives respectivement à l'expérimentation et au référendum local, seules ces dernières devraient être soumises par priorité au Sénat. Dans le cas contraire, il y aurait lieu de considérer que le texte unique soumis au Conseil, pris dans son ensemble, doit être regardé comme ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales.



Spectacles, sports et jeux

■ Assemblée générale – Avis n° 369.474 – 20 novembre 2003

Sports – Fédérations sportives – Exercice d'un pouvoir réglementaire – Édition de règles ou normes relatives aux enceintes et aux équipements utilisés pour les manifestations sportives – Étendue et limites de la compétence dévolue à une fédération délégataire en application du I de l'article 17 de la loi du 16 juillet 1984.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre des sports des questions suivantes :

1. Quels sont l'objet et l'étendue de l'habilitation conférée par l'article 17 de la loi du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives à certaines fédérations sportives pour définir les règles ou normes relatives aux enceintes et aux équipements utilisés pour les manifestations sportives ?
2. La compétence qui appartient aux fédérations sportives aux fins et dans les limites précisées dans la réponse à la première question comporte-t-elle également un pouvoir d'homologation ou de validation des installations et des équipements sportifs aux fins de vérifier leur conformité aux normes qu'elles édictent et, dans l'affirmative, quelles sont les possibilités de recours ouvertes aux collectivités territoriales propriétaires ou gestionnaires d'équipements sportifs et aux associations affiliées à la fédération délégataire ?
3. Lorsque les fédérations sportives modifient les règles ou normes qu'elles ont établies sur le fondement des compétences précisées ci-dessus, détiennent-elles le pouvoir d'imposer l'application immédiate des prescriptions nouvelles et d'interdire le déroulement de toute manifestation ouverte à leurs licenciés jusqu'à la mise en conformité des équipements et installations sportifs, ou sont-elles tenues de prévoir des dispositions transitoires à cet effet ?
4. Le pouvoir d'édicter des normes relatives aux enceintes et aux équipements utilisés pour les manifestations sportives peut-il être exercé par les ligues instituées sur le fondement de l'article 17 de la loi précitée du 16 juillet 1984 et peut-il être délégué par les fédérations sportives à leurs organes nationaux, régionaux ou départementaux ?
5. Les fédérations sportives délégataires peuvent-elles se borner à reprendre dans leurs règlements les prescriptions émanant de fédérations internationales ?
6. Les dispositions de l'article 33 de la loi précitée du 16 juillet 1984 imposent-elles, sous peine d'illégalité, la consultation du conseil national des activités physiques et sportives, pour la définition des règles techniques édictées par les fédérations, ainsi que sur les conditions d'entrée en vigueur de ces normes et sur leur homologation ?

Vu la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984, modifiée, relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives ;

Vu le code de la construction et de l'habitation, notamment ses articles L. 123-1 et L. 123-2 ;



Vu le décret n° 93-708 du 27 mars 1993 pris pour l'application de l'article 42-3 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à la promotion des activités physiques et sportives ;

Vu le décret n° 2001-252 du 22 mars 2001 relatif à la composition et au fonctionnement du conseil national des activités physiques et sportives ;

Vu le décret n° 2002-648 du 29 avril 2002 pris pour l'application de l'article 16 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 ;

Vu le décret n° 2002-762 du 2 mai 2002 pris pour l'application du II de l'article 17 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 ;

Vu l'arrêté du 24 octobre 2001 relatif aux normes des équipements sportifs ;

Vu l'avis n° 345.883 de la section de l'intérieur du Conseil d'État, en date du 27 juin 1989 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :

Sur la première question :

Les dispositions du I de l'article 17 de la loi susvisée du 16 juillet 1984 permettent au ministre chargé des sports d'attribuer à une fédération agréée la compétence pour établir, dans une discipline déterminée, des règles techniques propres à cette discipline et édicter des règlements relatifs à l'organisation de toute manifestation sportive ouverte à ses licenciés.

Il est loisible à ce titre à cette fédération, sous réserve des compétences dévolues à l'État dans sa sphère d'attribution par les articles 42-1 et 42-2 de la loi, de définir les normes applicables aux équipements nécessaires au bon déroulement des compétitions sportives, qu'il s'agisse des installations édifiées sur l'aire de jeu ouverte aux sportifs ou de celles qui, tout en étant extérieures à l'aire de jeu, n'en concourent pas moins au déroulement des compétitions dans des conditions d'hygiène, de sécurité et de loyauté satisfaisantes.

En revanche, les exigences dictées exclusivement par des impératifs d'ordre commercial comme celles qui touchent à la contenance minimale des espaces affectés à l'accueil du public pour chaque type de compétition ou la détermination de dispositifs électriques et d'installations ayant pour seul objet de favoriser la retransmission télévisée ou radiophonique des compétitions, excèdent le champ des compétences des fédérations titulaires d'une délégation au titre de l'article 17 de la loi. En ces domaines, elles ne peuvent intervenir que par voie de recommandations dépourvues de caractère obligatoire.

En tout état de cause, une fédération délégataire ne peut exercer la compétence qui lui est conférée que dans le respect des principes et des règles qui s'imposent aux auteurs de tout acte accompli dans l'exercice d'une mission de service public, et ne saurait intervenir selon des modalités qui seraient inconciliables avec ceux-ci, notamment dans le domaine de la sécurité.

Sur la deuxième question :

A) En ce qui concerne l'homologation des enceintes destinées à recevoir des manifestations sportives ouvertes au public :



Aux termes de l'article 42-1 de la loi du 16 juillet 1984 susvisée « Sans préjudice des dispositions du code de l'urbanisme et du code de la construction et de l'habitation applicables aux établissements recevant du public, les enceintes destinées à recevoir des manifestations sportives ouvertes au public font l'objet d'une homologation délivrée par le représentant de l'État, après avis de la commission de sécurité compétente ou, dans les conditions prévues par arrêté du ministre chargé des sports, de la commission nationale de sécurité des enceintes sportives ».

Il résulte de ces dispositions que la délégation consentie à une fédération sportive, dans les conditions précisées en réponse à la question 1) ci-dessus ne peut porter sur l'homologation des enceintes destinées à recevoir des manifestations sportives ouvertes au public, compétence attribuée au représentant de l'État par les dispositions précitées de l'article 42-1 de la loi du 16 juillet 1984.

B) En ce qui concerne l'homologation des équipements sportifs :

L'homologation des équipements sportifs relève de la compétence d'une fédération délégataire ; cette homologation, à laquelle se réfèrent les dispositions du 9° de l'article 9 du décret du 2 mai 2002, a pour objet de vérifier la conformité aux règles techniques édictées par la fédération, tant du matériel utilisé pour les compétitions sportives que des dimensions, de la nature et des matériaux utilisés pour l'aire de jeu et les installations édifiées sur celle-ci ou qui constituent le prolongement indispensable au bon déroulement des compétitions.

C) En ce qui concerne les recours ouverts contre les actes des fédérations délégataires :

L'acte émis par une fédération délégataire, sur le fondement des compétences mentionnées ci-dessus, présente le caractère d'un acte administratif pris pour l'exécution d'une mission de service public et peut dès lors être déféré à la juridiction administrative, après, lorsqu'il y a lieu, épuisement des voies de recours internes aux fédérations et mise en œuvre de la procédure de conciliation organisée par le troisième alinéa du IV de l'article 19 de la loi précitée du 16 juillet 1984, par toute personne justifiant d'un intérêt pour agir et, en particulier, lorsqu'elles justifient d'un tel intérêt, par une collectivité territoriale propriétaire ou gestionnaire d'un équipement sportif et par une association affiliée à une fédération délégataire. Il appartient également au ministre chargé des sports et, pour les fédérations et unions sportives scolaires et universitaires, au ministre chargé de l'éducation nationale, chargés, chacun en ce qui le concerne, par les dispositions de l'article 16 de la loi précitée du 16 juillet 1984 de veiller au respect par les fédérations des principes et des règles qui s'imposent aux auteurs de tout acte accompli dans l'exercice d'une mission de service public et de déférer au juge compétent les décisions des fédérations qu'ils estimeraient illégales, dans les conditions et selon les modalités précisées dans l'avis susvisé émis le 27 juin 1989 par la section de l'intérieur du Conseil d'État.

Sur la troisième question :

L'exercice d'un pouvoir réglementaire, alors même que ce pouvoir est exercé par une autorité déléguée, implique, pour son détenteur, la possibilité de modi-



fier à tout moment les normes qu'il définit afin de se conformer en permanence à l'objet pour la réalisation duquel lui a été conférée sa compétence, sans que les personnes auxquelles sont imposées de nouvelles contraintes puissent invoquer un droit au maintien de la réglementation existante.

Il incombe toutefois à une fédération sportive bénéficiant d'une délégation prévue au I de l'article 17 de la loi précitée du 16 juillet 1984 de veiller à ce que les nouvelles normes qu'elle édicte présentent un caractère nécessaire pour l'exécution de la délégation qu'elle a reçue et soient proportionnées aux exigences de l'exercice de l'activité sportive réglementée. La fédération délégataire doit également se conformer aux obligations relatives à la publication de ces normes, qui lui sont imposées par le troisième alinéa de l'article 17-1 de la loi précitée du 16 juillet 1984, et respecter les conditions relatives à la consultation préalable du conseil national des activités physiques et sportives mentionné à l'article 33 de cette loi et aux modalités d'entrée en vigueur précisées par le décret en Conseil d'État pris en application de l'article 42 bis de cette loi.

Les nouvelles normes édictées par une fédération délégataire, dans sa sphère de compétence, sont applicables dès leur publication ; il incombe toutefois à cette fédération, eu égard à la nature des règles édictées et à l'importance des travaux qu'elles rendent nécessaires, de prévoir des délais raisonnables pour la mise en conformité aux nouvelles normes des installations existantes.

Sur la quatrième question :

Aux termes du VI de l'article 16 de la loi précitée du 16 juillet 1984, « à l'exception des ligues professionnelles mentionnées au II de l'article 17, les fédérations agréées ne peuvent déléguer tout ou partie des missions de service public visées au présent article. »

Il résulte en premier lieu de ces dispositions que, sous la réserve prévue en faveur des ligues professionnelles, les missions de service public dont une fédération agréée peut être titulaire en vertu de la délégation mentionnée au I de l'article 17 de cette loi ne peuvent faire l'objet d'une subdélégation au profit d'une personne extérieure à la fédération c'est-à-dire dotée d'une personnalité juridique distincte de celle-ci. Une telle interdiction ne peut toutefois être entendue comme prohibant l'exercice de la compétence réglementaire dévolue à la fédération par un organe interne de celle-ci, désigné conformément aux statuts qui la régissent dans le respect de l'annexe 1 au décret susvisé du 29 avril 2002.

Les dispositions précitées du VI de l'article 16 de la loi du 16 juillet 1984 autorisent en second lieu une fédération agréée titulaire d'une délégation sur le fondement du I de l'article 17 à déléguer tout ou partie de sa mission de service public à une ligue professionnelle définie au II de l'article 17. Toutefois, la délégation à la ligue n'est possible que dans les conditions et sous les réserves énoncées par le décret susvisé du 2 mai 2002 et ne peut ainsi porter sur les matières énumérées à l'article 9 de ce décret lequel définit les compétences qui relèvent, en tout état de cause, de la fédération et au nombre desquelles figurent notamment la définition et le contrôle des règles techniques et l'homologation des équipements sportifs.



Sur la cinquième question :

Les fédérations sportives internationales sont soumises à la législation de l'État où chacune d'elles a son siège et les règlements qu'elles édictent ne s'appliquent pas dans le droit interne français. Il est toutefois loisible à une fédération française de reproduire tout ou partie de ces règlements internationaux dans les normes qu'elle édicte et qui reçoivent application dès lors qu'elle détient une délégation prévue par le I de l'article 17 de la loi précitée du 16 juillet 1984 et que lesdits règlements répondent aux conditions de légalité énoncées en réponse à la première question ci-dessus.

La mission de service public confiée à une fédération délégataire ne confère pas à celle-ci une simple faculté dont elle serait libre d'user ou de ne pas user mais lui impose de prendre les mesures réglementaires nécessaires pour atteindre l'objet sur lequel porte la délégation. Aussi, dans le cas où une fédération délégataire se bornerait à reprendre à son compte, pour les rendre applicables en France, les dispositions émanant d'une fédération internationale, elle serait dans l'obligation, si ces normes ne recouvrent pas l'ensemble du champ de compétence qui lui a été dévolu, de les compléter par des dispositions appropriées.

Sur la sixième question :

Il ressort des termes du deuxième alinéa de l'article 33 de la loi précitée du 16 juillet 1984 que le conseil national des activités physiques et sportives est consulté par le ministre chargé des sports sur les conditions d'application des normes des équipements sportifs requises pour la participation aux compétitions sportives ainsi que sur les modifications de ces normes et leur impact financier.

Le législateur a ainsi entendu soumettre à la consultation du conseil national des activités physiques et sportives tout projet portant sur la définition des équipements nécessaires à la compétition, ainsi que les normes auxquelles les installations doivent se conformer.

Ainsi qu'il est dit dans la réponse à la première question, les normes relatives à ces matières sont définies, pour sa discipline, par toute fédération sportive qui a reçu la délégation prévue par le I de l'article 17 de la loi précitée du 16 juillet 1984 ; il appartient donc au ministre chargé des sports de soumettre à la consultation du conseil national des activités physiques et sportives tout projet de règlement établi par une fédération délégataire dans les matières définies ci-dessus ; cette consultation constitue une condition de la légalité des normes ainsi édictées.



RÉFLEXIONS
SUR
LA LAÏCITÉ

Considérations générales

Un siècle de laïcité



Les considérations générales sur la laïcité ont été rédigées par Edwige BELLIARD, rapporteur général de la Section du rapport et des études, avec le concours de Laurence HERRY, Yohann BÉNARD, Édouard CRÉPEY et Julie BURGUBURU, auditeurs au Conseil d'État.

Elles ont été adoptées par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 5 février 2004.

M^{lles} Clémentine BRUGIÈRES et Cécile HOARAU, M. Arnaud ROHMER, étudiants en stage au Conseil d'État, ont contribué aux recherches documentaires menées en vue de ce rapport.

Sommaire

Introduction	245
Première partie	
Le développement du concept de laïcité	249
1.1. La genèse de la laïcité française	249
1.1.1. La rupture révolutionnaire : la dissociation de l'Église et de l'État	250
1.1.2. Le Concordat et la régulation du pluralisme	251
1.1.3. Du Concordat à la séparation : de nouveaux principes pour définir les rapports entre l'État, la religion et la société civile ..	252
1.1.4. Le Conseil d'État et les questions religieuses au XIX ^e siècle ...	255
1.2. La laïcité selon la loi de 1905	256
1.2.1. La loi de 1905 : la fin du Concordat et l'organisation de la séparation.....	256
1.2.2. La voie ouverte à une interprétation libérale	263
1.3. Principe de laïcité et particularités locales	265
1.3.1. Le régime des cultes en Alsace-Moselle	266
1.3.2. Les régimes spécifiques applicables outre-mer	269
1.4. Les différents aspects de la laïcité	272
1.4.1. Laïcité et neutralité	272
1.4.2. Laïcité et liberté religieuse	276
1.4.3. Laïcité et pluralisme	277
Deuxième partie	
La laïcité en pratique	279
2.1. L'exercice des cultes : de l'affrontement au compromis	279
2.1.1. Les associations culturelles et les associations diocésaines.....	279
2.1.2. Les congrégations	287
2.1.3. Les lieux de culte	299
2.1.4. Le statut des ministres du culte.....	312
2.1.5. Les aumôneries	315



2.2. Une laïcité sur fond de catholicisme	316
2.2.1. Les différenciations entre cultes liées au cadre juridique hérité de l'histoire	316
2.2.2. Les autres difficultés aux yeux des diverses confessions	320
2.2.3. La recherche spirituelle hors du champ religieux traditionnel ..	322
2.3. Les autres aspects de la liberté religieuse	323
2.3.1. Le respect des prescriptions et des rites	324
2.3.2. La médecine, la bioéthique et la religion	330
2.3.3. L'enseignement et la religion	333
2.3.4. La religion et l'entreprise	342
2.3.5. La religion et les médias	347
2.3.6. La religion et le statut personnel	351
Troisième partie	
Vers un approfondissement ?	359
3.1. Le contexte international et européen de la laïcité française ...	359
3.1.1. Les engagements internationaux de la France	359
3.1.2. Les rapports entre l'État et les religions en Europe occidentale .	369
3.1.3. D'autres exemples	375
3.2. La portée du concept de laïcité	382
3.2.1. Un champ d'application élargi	382
3.2.2. Une conception plus exigeante de l'égalité de traitement des croyances	388
3.3. Quelle conciliation entre la sphère de la spiritualité et l'ordre étatique ?	392
3.3.1. Rationalité étatique et rationalité spirituelle	392
3.3.2. Les limites des interférences entre l'État et la sphère religieuse	394
Conclusion	399
Index	401
Annexe 1	
Loi du 9 décembre 1905	405
Annexe 2	
Avis des formations administratives du Conseil d'État	417
Annexe 3	
Avis des formations contentieuses du Conseil d'État	431



Le mot « laïcité » s'est formé au XIX^e siècle sur un adjectif, « laïque ». Est laïque, ou laïc, selon le Littré, ce « *qui n'est ni ecclésiastique, ni religieux* ». Le terme vient étymologiquement du terme grec « laos » qui signifie peuple. Si le terme « laïcisme » est attesté dès 1840 et désigne d'abord une « *doctrine tendant à réserver aux laïques une certaine part dans le gouvernement de l'Église* » puis « *une doctrine qui tend à donner aux institutions un caractère non religieux* », celui de « laïcité » apparaît en 1871 à propos de l'enseignement public¹, en même temps que se différencie le sens des deux orthographes (laïc : celui qui n'est pas un clerc ; laïque – même au masculin – : qui est placé sous le signe de la laïcité). Plus tard, dans la première moitié du XX^e siècle, une distinction s'établira entre laïcité et laïcisme : « *la laïcité exprimerait la neutralité tandis que le laïcisme, tel du moins que le voient ses adversaires, brandirait le drapeau de l'anticléricalisme* »².

Il n'existe pas de définition de la laïcité, concept qui n'est pas univoque. Pour Ernest Renan, c'est « *l'État neutre entre les religions, tolérant pour tous les cultes et forçant l'Église à lui obéir sur ce point capital* »³, pour René Capitant, une « *conception politique impliquant la séparation de la société civile et de la société religieuse, l'État n'exerçant aucun pouvoir religieux et les Églises aucun pouvoir politique* ».

Le terme de laïcité serait intraduisible dans d'autres langues, hors les langues latines, et c'est peut-être pourquoi la laïcité est souvent présentée comme « une exception française ». Si exception il y a, elle ne peut être que relative, la vraie question étant celle, si l'on se compare avec le reste du monde, de savoir comment, dans chaque État, sont reconnues et assurées la liberté de conscience et la liberté de religion, ce qui suppose, bien sûr, que les rapports entre les Églises et l'État soient organisés d'une manière garantissant l'exercice de ces libertés.

Au sens large, la laïcité renvoie notamment à une perte d'emprise de la religion sur la société. Synonyme de sécularisation, ce processus s'est progressivement accompli, de façon plus ou moins achevée, dans toutes les démocraties occidentales. Cela conduit à ce qui constitue le second sens, plus étroit, mais aussi plus « français », de la laïcité, la transformation, souvent conflictuelle,

1 - Le Grand Robert.

2 - Guy Bedouelle, Jean-Paul Costa, *Les laïcités à la française*, PUF, 1998.

3 - Réponse au discours de réception de Louis Pasteur à l'Académie française, 27 avril 1882.



des rapports entre Églises et État. Laïcité signifie dans ce contexte le refus de l'assujettissement du politique au religieux, ou réciproquement, sans être forcément synonyme d'étanchéité totale de l'un et de l'autre. Elle implique nécessairement la reconnaissance du pluralisme religieux et la neutralité de l'État vis-à-vis des Églises.

La loi du 9 décembre 1905 a défini le régime juridique des relations entre l'État et les cultes sans référence explicite à la laïcité bien qu'elle en constitue la clé de voûte. La consécration constitutionnelle du principe de laïcité est venue plus tard avec l'article 1^{er} de la Constitution de 1946, puis l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, aux termes duquel « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ». La notion de laïcité figure également, à propos de l'enseignement, dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958 : « *l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* ». Si nombre d'anciennes Constitutions de la France ont au contraire dénié à l'État tout caractère laïque, l'idée de laïcité a été à plusieurs reprises sous-jacente aux dispositions constitutionnelles, en particulier la première Constitution française du 3 septembre 1791. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, proclamée par l'Assemblée nationale « *en présence et sous les auspices de l'Être suprême* », ne fait pas en revanche référence à la laïcité, et énonce simplement que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ». C'est également la notion de liberté de conscience ou de religion qui figure dans les textes internationaux auxquels la France a souscrit.

Un siècle après la séparation des Églises et de l'État, le concept de laïcité n'est pas contesté en tant que tel. « *Comme un de ses pères fondateurs, Ferdinand Buisson, l'avait prévu, la laïcité fait maintenant partie du "patrimoine" national Français* »⁴. À la fois concept juridique et philosophie politique, la laïcité est avant tout le résultat d'un long processus historique. L'évolution des rapports entre la religion et l'État, marquée par le Concordat, puis la loi de 1905, s'est accompagnée dans les faits d'une sécularisation de la société. La loi de séparation, son application, son interprétation libérale, ont permis le passage d'une laïcité que l'on a qualifiée de « combat » à une laïcité apaisée, même si, de façon récurrente, des soubresauts se manifestent. « *La République laïque et l'Église catholique se sont faits l'un à l'autre* »⁵.

Mais chacun voit la laïcité à sa porte. Peu de concepts ont reçu des interprétations aussi diverses : refoulement du religieux, peu éloigné de la lutte antireligieuse, fin de l'infailibilité d'Église ou d'État, selon la formule de J. Jaurès, tronc commun de convictions humanistes susceptibles d'être, ou devant être partagées par croyants et non croyants.

4 - Jean Baubérot, *Histoire de la laïcité française*, PUF, 2000.

5 - Émile Poulat, Documents Episcopat, *bulletin du Secrétariat de la conférence des évêques de France*, n° 15, oct. 1990.



Face aux nouvelles questions que suscite l'évolution de notre société, comme la place occupée par l'islam ou de façon plus générale un retour au religieux lié notamment à la perte de confiance dans les bienfaits du développement économique, sont évoquées, tour à tour, la « nouvelle » laïcité, la laïcité « plurielle », « ouverte », « aménagée », « revisitée »... Le concept de laïcité est de fait un concept en constante évolution, comme en témoigne l'application dans le temps de la loi de 1905 et des textes qui ont suivi : « *La laïcité n'est pas une notion dont le contenu se serait figé il y a un siècle : elle se nourrit des évolutions de la société, des attentes du corps social comme des exigences de l'État de droit* »⁶. La portée du concept n'est pas non plus, cependant, susceptible de n'importe quelle interprétation.

Si la loi de 1905 a défini les contours des rapports entre les Églises et l'État, et si le législateur a entendu consacrer une approche libérale de ces rapports, leur mise en œuvre et les règles applicables à l'exercice quotidien des cultes sont très largement le fruit d'une œuvre jurisprudentielle dense pour l'interprétation des textes et l'application des grands principes qu'ils ont définis. À cet égard, le rôle du Conseil d'État doit être souligné.

À l'approche du centenaire de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, les présentes considérations générales se proposent de rappeler dans quelles conditions s'est formé, en France, le concept de laïcité et d'analyser l'apport essentiel que constitue la loi de 1905 et l'interprétation qui en a été donnée. Cent ans de recul permettent également de se pencher sur la pratique de la laïcité dans notre pays depuis un siècle, pratique qui devrait éclairer les perspectives d'approfondissement d'un concept ayant largement fait ses preuves.

Le choix a été fait de retenir une acception large du thème traité, au-delà du sujet actuel du port de signes religieux, dont l'importance ne saurait être sous-estimée, mais qui ne constitue que l'un des aspects de la mise en application du principe de laïcité.

6 - Rapport du Haut conseil à l'intégration (HCI), *L'Islam dans la République*, 2000.



Première partie

Le développement du concept de laïcité

1.1. La genèse de la laïcité française

La recherche des origines de la laïcité est sujette à controverses. On peut, avec Jean Baubérot, voir la laïcité comme « *issue du choc de quatre ingrédients* » : le combat du roi contre le pouvoir ecclésiastique (Philippe Le Bel), la dissociation, en rupture avec le principe « *cujus regio, ejus religio* », entre appartenance nationale et appartenance religieuse (Édit de Nantes), l'impossibilité d'un pluralisme religieux pacifique (la révocation de l'Édit de Nantes), la critique des dogmes avec la philosophie des Lumières.

De l'Ancien Régime à la Révolution, la montée progressive des passions anticléricales et anticongréganistes, parfois mais plus rarement antireligieuses, se manifeste. Tant en raison de leur richesse que de leur rayonnement intellectuel et, le plus souvent, de leur fidélité au pape, les congrégations furent, très tôt, un enjeu majeur du débat entre cléricaux et anticléricaux, ainsi que des relations entre l'Église catholique et l'État. Vers le milieu du XVIII^e siècle, les jansénistes, puis les encyclopédistes, stigmatisèrent l'opposition du dogme et de la raison et joignirent leurs efforts à ceux des adversaires de l'ultramontanisme, aboutissant notamment à l'expulsion des jésuites, dès 1759 au Portugal et en 1764 en France, puis à la suppression de l'ordre en 1773⁷. En France, la question des ordres religieux demeura pendant plusieurs décennies au centre des débats entourant l'émergence des Lumières.

Le rappel de la situation qui prévalait avant 1789 permet de mesurer l'ampleur de la rupture que constituera la Révolution : ainsi de la coïncidence entre Nation et religion, du caractère confessionnel de l'État, du rôle social et de la responsabilité de l'Église catholique dans les actes de la vie quotidienne, en particulier l'état civil, l'enseignement, les soins hospitaliers, même si les premières brèches apparaissent dès la fin de l'Ancien Régime (Édit de 1787 accordant un état civil aux non-catholiques).

7 - J. Egret, « Le procès des jésuites devant les Parlements de France (1761-1770) », in *Revue historique*, juillet-septembre 1950. Ces procès ont pu préfigurer, dans une certaine mesure, les dispositions prises à partir de la Révolution.



1.1.1. La rupture révolutionnaire ; la dissociation de l'Église et de l'État

La Révolution française entraîne une rupture fondamentale dans l'histoire des rapports entre religion et pouvoir politique. En dissociant l'une de l'autre, elle remet en cause l'ordre ancien.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans son article 10, se borne à reconnaître la liberté d'opinion « *même religieuse* ». Les discriminations d'origine religieuse doivent disparaître. En décembre 1789, les protestants peuvent être électeurs et éligibles et sont admis à tous les emplois. En septembre 1791, la Constituante donne le statut de citoyen aux juifs⁸. L'état civil séculier est institué dès 1792, introduisant une distinction inconnue jusque-là entre religion et société pour les événements qui rythment la vie : la naissance, le mariage, la mort. La législation civile doit devenir la norme. Ces mesures et plus généralement l'établissement de la liberté de conscience et de culte constituent d'une certaine façon la « matrice » de la conception libérale de la laïcité. Les réactions catholiques face à ces changements sont, selon R. Rémond, la clé de l'affrontement religieux de « *deux France* » : « *dès lors deux visions partiellement idéalistes qui unissent au patriotisme une dimension religieuse ou idéologique se disputent le cœur des Français* »⁹.

Mais si la reconnaissance du pluralisme confessionnel est une étape importante, il est difficile d'y voir une affirmation du principe moderne de laïcité. La Révolution française, tout en opérant une dissociation entre l'État et l'Église, est loin d'envisager l'autonomie des deux institutions, et les révolutionnaires n'auront de cesse de renforcer le contrôle de l'État sur l'Église par la recherche de l'affirmation du pouvoir temporel face au pouvoir spirituel du pape. La constitution civile du clergé, en 1790, institutionnalise en quelque sorte l'Église catholique en la « nationalisant ». Quand le divorce avec Rome est consommé avec la condamnation par le pape Pie VI de cette constitution, une véritable « religion » révolutionnaire commence à se développer.

La loi du 13 février 1790 abolit la reconnaissance publique des vœux de religion et supprime les congrégations comme personnes civiles, à l'exception de celles qui exerçaient des activités caritatives ou enseignantes. Pour certains commentateurs¹⁰, ces dispositions traduisaient tout à la fois l'hostilité des révolutionnaires envers les corporations, dans l'esprit de la loi Le Chapelier, et l'essor d'une vision utilitariste de la religion. Si la constitution civile du clergé n'évoquait pas le cas des congrégations religieuses, la loi du 18 août 1792, qui déclarait les congrégations « éteintes et supprimées », mit fin à l'exception consentie aux activités hospitalières et enseignantes, menant à la dispersion des communautés, qui rejoignirent la vie séculière ou, dans certains cas, furent contraintes à l'exil¹¹.

8 - Robert Badinter, *Libres et égaux...*, *L'émancipation des Juifs 1789-1791*, Fayard Éd. 1989.

9 - René Rémond, *Religion et société en Europe*, Seuil, p. 157.

10 - Cf. notamment G. Bedouelle, J.-P. Costa, *Les laïcités à la française*, op. cité, p. 126.

11 - Marie de la Trinité Kervigant, *Des moniales face à la Révolution française*, Paris, 1989.



1.1.2. Le Concordat et la régulation du pluralisme

Le Concordat stabilise la situation, sans revenir sur les principaux apports de la rupture révolutionnaire : dissociation du politique et du religieux, pluralisme confessionnel.

Le pluralisme confessionnel est consacré dans le cadre du système des « cultes reconnus »¹². Refusant de donner au catholicisme le statut de religion nationale ou officielle, le Concordat s'en tient au constat que « *la religion catholique est la religion de la grande majorité des Français* ».

Trois autres cultes sont reconnus, deux cultes protestants – réformé et calviniste – et la religion juive, les autres confessions étant seulement tolérées. Napoléon veille à l'organisation du culte israélite. Il convoque le grand Sanhédrin¹³ et consacre l'organisation de la religion juive en consistoires locaux dirigés par un président laïc élu et coiffés par un consistoire central.

Normes légales et normes religieuses sont dissociées (état civil, Code civil), mais se complètent plus qu'elles ne s'opposent. La politique du Premier consul à l'égard des congrégations est empreinte de pragmatisme.

Mais l'État s'est ménagé la possibilité de contrôler la religion dominante. Les articles organiques, joints unilatéralement, s'inscrivent encore dans la tradition gallicane, en fixant de façon concrète les conditions d'exercice de la liberté religieuse. Le contrôle et la régulation se font notamment à travers les nominations et promotions épiscopales, la procédure du recours pour abus¹⁴, le contrôle administratif exercé par le ministère des cultes, la latitude laissée à l'État pour organiser la police des cultes. Alors qu'un décret du 29 frimaire an II avait proclamé que « *l'enseignement est libre* » et l'article 300 de la Constitution de l'an III que « *les citoyens ont le droit de former des établissements particuliers d'éducation et d'instruction ainsi que des sociétés libres pour concourir au progrès des sciences, des lettres et des arts* », l'empire affirme le monopole de l'université impériale, chargée à titre exclusif de l'enseignement et de l'éducation publique. Aux termes d'un décret du 17 mars 1808 « *aucune école, aucun établissement public d'instruction ne peut être formé hors de l'université impériale et sans l'autorisation de son chef* ».

Même si des inflexions se produisent ultérieurement, le système du Concordat crée une situation structurellement stable, puisqu'il faudra attendre les lois laïques et la séparation de 1905 pour basculer dans une autre logique.

12 - La loi du 18 germinal an X promulgue le Concordat et les Articles organiques des cultes catholique et protestant ; décrets du 17 mars 1808 pour la religion juive.

13 - Ancien conseil suprême du judaïsme créé à la fin du III^e siècle avant J.-C. et qui a cessé d'exister en 70.

14 - Également désigné par l'expression « *appel comme d'abus* », le recours pour abus prévu par les articles organiques permettait de saisir le Conseil d'État dans les cas d'« *abus* » en matière religieuse. Cette procédure permettait au gouvernement de contester les actes ou prises de position d'ecclésiastiques, des évêques en particulier. Elle était également ouverte aux ecclésiastiques pour les conflits internes au clergé, et aux paroissiens, dans les affaires les opposant à leur curé. Particuliers et ecclésiastiques pouvaient aussi par cette voie contester les arrêtés municipaux relatifs à l'exercice du culte. Le Conseil d'État statuait sur l'existence ou non de l'abus et prononçait s'il y avait lieu une « *déclaration d'abus* », qui était une sanction morale.



1.1.3. Du Concordat à la séparation : de nouveaux principes pour définir les rapports entre l'État, la religion et la société civile

Après l'échec de la Restauration qui a tenté de redonner au catholicisme un statut de religion officielle et a été marquée par un certain « gallicanisme administratif » s'agissant notamment des mesures concernant les congrégations¹⁵, l'heure est à l'apaisement. La Monarchie de juillet revient définitivement sur l'inflexion cléricale de la Restauration. Si les Trois Glorieuses furent marquées par un regain d'anticléricisme, la Charte de 1830 réaffirma d'emblée dans son article 5 le droit à la liberté religieuse. Pendant la majeure partie du siècle, les congrégations purent se développer.

Le « *Premier seuil de laïcisation* »¹⁶ qui s'inscrit dans le cadre du régime concordataire fonctionne correctement, permettant une certaine accalmie dans le conflit des « *deux France* ». La logique du pacte va toutefois venir buter sur la question scolaire.

La loi Guizot du 28 juin 1833 pose le principe selon lequel « *l'instruction primaire est privée ou publique* ». Toute commune est tenue d'entretenir au moins une école primaire élémentaire, soit par elle-même, soit en se réunissant à plusieurs communes voisines. Il peut s'agir d'une école privée. La loi Falloux du 15 mars 1850, en son article 17, « *reconnaît deux espèces d'écoles primaires ou secondaires* » : les écoles libres fondées et entretenues par des particuliers ou des associations, les écoles publiques fondées ou entretenues par les communes, les départements ou l'État. Tout français âgé de 25 ans au moins peut ouvrir un établissement secondaire s'il possède le baccalauréat ou le brevet de capacité et sous la condition d'en faire déclaration au recteur. Les ministres du culte participent à l'inspection des écoles primaires, aux conseils académiques et au conseil supérieur de l'instruction publique. La loi du 12 juillet 1875 libéralise l'enseignement supérieur.

Tournant essentiel dans la laïcisation de l'enseignement, les grandes lois scolaires de Jules Ferry instaurent l'instruction gratuite et obligatoire et s'engagent dans la construction d'une école publique. Elles rendent obligatoire l'instruction primaire pour les garçons et les filles de 6 à 13 ans, placent l'instruction morale et civique en tête des matières, organisent un jour de vacance par semaine pour permettre de suivre le catéchisme hors de l'école et abrogent les dispositions de la loi Falloux donnant aux ministres des cultes un droit d'inspection, de surveillance et de direction sur les écoles primaires.

S'agit-il, comme il a souvent été soutenu, de la première étape du renversement de logique qui conduira à la séparation de 1905 ? La laïcisation de l'institution scolaire fait suite à la laïcisation d'autres institutions sociales traditionnellement dominées par l'Église catholique, comme les institutions

15 - Une loi du 24 mai 1825 prévoit un régime d'autorisation pour les congrégations de femmes ; l'obtention de la personnalité pour les congrégations d'hommes est subordonnée à autorisation du législateur ; l'ordonnance du 16 juin 1828 interdit l'activité d'enseignement aux congrégations non autorisées.

16 - Jean Baubérot.



hospitalières¹⁷. L'école républicaine des années 1880 est en réalité plus neutre qu'irréligieuse, comme en témoigne la célèbre circulaire adressée aux instituteurs le 17 novembre 1883 par Jules Ferry. « *Vous êtes l'auxiliaire, et à certains égards, le suppléant du père de famille ; parlez donc à un enfant comme vous voudriez que l'on parlât au vôtre, avec force et autorité, toutes les fois qu'il s'agit d'une vérité incontestée, d'un précepte de la morale commune ; avec la plus grande réserve dès que vous risquez d'effleurer un sentiment religieux dont vous n'êtes pas juge... Ce que vous allez communiquer à l'enfant, ce n'est pas votre propre sagesse, c'est la sagesse du genre humain, c'est une de ces idées d'ordre universel que plusieurs siècles de civilisation ont fait entrer dans le patrimoine de l'humanité. Si étroit que vous semble peut-être un cercle d'action ainsi tracé, faites-vous un devoir d'honneur de n'en jamais sortir, restez en deçà de cette limite plutôt que de vous exposer à la franchir. Vous ne toucherez jamais avec trop de scrupule à cette chose délicate et sacrée, qui est la conscience de l'enfant* ». Une certaine souplesse est laissée aux enseignants : si les « *devoirs envers Dieu* » ne sont pas la base de l'instruction morale, sans « *s'occuper des prescriptions spéciales aux diverses communions* », l'instituteur enseignera « *un sentiment de respect et de vénération* » envers le « *nom de Dieu* »¹⁸.

Sur deux problèmes sensibles, l'administration républicaine fait montre de pragmatisme. Sur la question des crucifix dans les salles de classe tout d'abord, qui heurte de plein fouet le principe de laïcité de l'enseignement, une circulaire du ministre de l'Instruction publique et des Beaux Arts du 2 novembre 1882 autorise les préfets à ne prescrire l'enlèvement des emblèmes que « *quand et comme ils le jugeront à propos* ». Ils ne doivent pas s'exposer « *à porter le trouble dans les familles ou dans les écoles* » et se voient reconnaître « *toute latitude pour tenir compte à cet égard du vœu des populations* » et, dans les cas où les préfets croiront devoir ordonner la suppression des crucifix, « *il conviendra, à moins de raison grave, de reporter l'exécution de cette mesure à l'une des époques réglementaires des vacances et de ne jamais la laisser accomplir d'une façon qui puisse froisser la conscience ou favoriser l'agitation factice qu'on voudrait créer* ». Sur l'affaire des manuels, ensuite : quatre manuels de morale sont mis à l'index par le Saint-Siège ; Jules Ferry les cautionne mais admet en même temps que l'un d'eux comporte des « *atteintes manifestes au principe de la liberté religieuse* » et une nouvelle édition épurée en est publiée¹⁹.

Mais c'est le **logique de conflit** qui triomphe. Un nouvel ultramontanisme se diffuse, revendiquant une autonomie plus importante de l'Église catholique et rejetant l'héritage gallican, et qui devient aux yeux des républicains un véritable problème politique. Le problème politico-religieux se double d'une opposition culturelle à travers le débat entre sciences et religion.

17 - La loi du 19 ventôse an XI (10 mars 1803) indique que seuls les praticiens diplômés sont autorisés à exercer la médecine et crée la notion « *d'exercice illégal de la médecine* ». À propos de ce texte, un avis du Conseil d'État du 8 vendémiaire an XIV (30 septembre 1805) a estimé que les curés et desservants « *en donnant seulement des conseils et des soins gratuits... ne font que ce qui est permis à la bienfaisance et à la charité de tous les citoyens, ce que nulle loi ne défend, ce que la morale conseille, ce que l'administration provoque* ». Recueil Duvergier, 8 vendémiaire an 14, p. 329.

18 - Voir Jean Baubérot, *Histoire de la laïcité française*, PUF, 2000.

19 - Rapporté par Jean Baubérot, *Histoire de la laïcité française*, PUF, 2000.



Au cours des années 1870, le conflit entre républicains et partisans d'un retour à l'ordre ancien se cristallise : on assiste à la construction progressive de la « *laïcité de combat* », à laquelle on rattache généralement les grandes lois de laïcisation des années 1880 : lois scolaires, mais aussi la suppression du repos dominical obligatoire, la laïcisation des hôpitaux et cimetières, la suppression des aumôneries militaires et l'interdiction faite à l'armée d'escorter les processions, la suppression des prières publiques, le rétablissement du divorce... Les débats sur la question des congrégations se radicalisent, avec la nouvelle dissolution de la compagnie de Jésus en France, et l'exigence pour les congrégations non autorisées de régulariser leur situation sous peine de devoir fermer leurs établissements (décret du 29 mars 1880), ce qui conduisit à leur dispersion. La loi Goblet du 30 octobre 1886 exclut la possibilité pour les communes de subventionner une école libre pour satisfaire à l'obligation d'entretien d'au moins une école primaire. Cette même loi prévoit que, dans les écoles publiques, l'enseignement sera désormais confié exclusivement à du personnel laïque, les écoles devant appliquer ce principe dans un délai de cinq ans.

L'équilibre qui aurait néanmoins pu être trouvé est battu en brèche : la tentative de ralliement de Léon XIII échoue. L'affaire Dreyfus achève de cristalliser le conflit.

Dans le cadre d'un gouvernement dit « *de défense républicaine* », Pierre Waldeck-Rousseau engage la lutte contre les congrégations. La loi du 1^{er} juillet 1901, qui instaurait un régime juridique libéral en faveur des associations, prévoyait en revanche, à son titre III, un strict régime d'autorisation pour les congrégations. Les congrégations non reconnues devaient demander cette autorisation dans un bref délai. Dans le climat de l'époque, il était cependant clair que les autorisations ne seraient pas données. Fut également créé le délit d'appartenance à une congrégation non autorisée, tandis que les membres de ces dernières étaient privés du droit d'enseigner. Mais c'est avec l'arrivée au pouvoir d'Émile Combes en 1902 que l'anticléricalisme et la stigmatisation des congrégations atteindront leur sommet : fermeture de plus de 10 000 écoles catholiques, interdiction faite aux congrégations, par la loi du 7 juillet 1904, d'enseigner, confiscation de biens et propriétés des communautés, religieux contraints à l'exil.

Au tournant du siècle, les partisans d'une séparation des Églises et de l'État restent minoritaires.

L'idée d'une séparation, périodiquement repoussée, est encore exclue par le rapport Paul Bert de mai 1883. Les républicains que sont L. Gambetta, P. Bert, J. Ferry et P. Waldeck-Rousseau cherchent à ménager l'opinion et s'accrochent au Concordat dans lequel ils voient un « *précieux moyen de pression sur l'Église* »²⁰. Émile Combes lui-même, lors de son arrivée au pouvoir, se prononce dans sa déclaration ministérielle pour le maintien du Concordat.

Mais la séparation devient rapidement, dès 1903, un enjeu de débat parlementaire. Les dispositions de la loi de 1901 relatives aux congrégations, et l'appli-

20 - Jean-Marie Mayeur, « La crise de la séparation », *la Revue administrative*, 1999.



cation qui en est faite avec la fermeture des écoles non autorisées, les réactions provoquées par la formule « *nobis nominavit*²¹ » dans les bulles d'investiture romaine des évêques et la visite à Rome du Président Loubet, la convocation par le Saint-Siège en vue d'obtenir leur démission des évêques de Laval et de Dijon sans que le gouvernement français en soit préalablement avisé, provoquent de fortes tensions avec le Saint-Siège qui se soldent par le rappel de l'Ambassadeur de France.

Le premier projet Combes de séparation élaboré en 1904 visait à instaurer non seulement une séparation, mais aussi une domination durable sur le catholicisme, et accessoirement les autres religions, à travers une étroite surveillance et des dispositions administratives extrêmement restrictives. Ce projet s'inscrivait dans la continuité de la loi de 1904 interdisant aux membres des congrégations religieuses d'enseigner. Avec le premier projet de Combes, il s'agissait « *de savoir si une France fondée sur les principes de 1789 donnait le droit d'exister pleinement à une communauté dont les caractéristiques collectives pouvaient apparaître menaçantes* »²².

L'esprit de la loi de 1905, différent, impose des concessions aux deux camps.

1.1.4. Le Conseil d'État et les questions religieuses au XIX^e siècle

Par sa participation à l'élaboration des textes, par ses avis, son activité contentieuse, et par la procédure du recours pour abus, le Conseil d'État a été constamment associé tout au long du XIX^e siècle aux choix de politique religieuse des gouvernements et à la régulation de la vie religieuse, locale en particulier.

Par le biais du recours pour abus, le Conseil d'État joue un rôle important dans l'organisation de la vie religieuse quotidienne. Quelque quatre cents litiges firent l'objet d'un tel recours entre 1802 et 1905.

Ces recours furent particulièrement abondants en fin de siècle, en raison du nombre d'arrêtés municipaux liés aux manifestations extérieures du culte qui furent déférés²³. Si la plupart furent déclarés non abusifs, le Conseil d'État veilla néanmoins à ce que les actes essentiels au libre exercice du culte soient autorisés. Le Conseil eut aussi à connaître de recours pour abus formés contre des actes épiscopaux : entre 1809 et 1870, il prononça trente-cinq déclarations d'abus contre de tels actes.

21 - Le gouvernement français demandait la suppression de la formule « *nobis nominavit* » (nommé par nous) qui figurait dans les bulles pontificales, pour affirmer qu'il disposait d'un droit de nomination et non de simple présentation.

22 - Jean Baubérot, Séverine Mathieu, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France (1800-1914)*, Seuil, 2002, p. 276.

23 - Voir par exemple : sur l'absence d'abus à propos de l'interdiction par un maire à une fanfare de jouer sur la voie publique dans une procession sans autorisation préalable : décret du 26 janvier 1880, *Abbé Durruty*, p 1089.



Le Conseil d'État fut associé aux grandes décisions politiques des gouvernements successifs. Mais ainsi que le fait valoir Brigitte Basdevant-Gaudemet, « *les options de politique religieuse s'imposèrent au Conseil. L'Assemblée [du Conseil d'État] suivait le gouvernement, cautionnait ses choix et permit leur mise en œuvre... Tout au long du XIX^e siècle, le Conseil d'État remplit parfaitement la mission que Bonaparte lui avait confiée en l'instituant : maintenir le libre exercice du culte en surveillant ses ministres. La Haute Assemblée demeurait fidèle aux objectifs des gouvernements successifs. En ce qui concerne les affaires religieuses, elle put desserrer considérablement l'étau lorsque le service public des cultes disparut et qu'il n'y eut plus qu'à veiller à ce que le libre exercice du culte se déroule dans le respect de l'ordre public, tel que l'article 1^{er} de la loi de 1905 le garantit* »²⁴.

À la fin du XIX^e siècle, le Conseil d'État eut en outre à se prononcer sur les questions, toujours d'actualité, des conditions d'ouverture d'écoles libres²⁵ ou des concours financiers que les collectivités locales peuvent apporter aux établissements privés. Deux avis des 19 juillet et 29 novembre 1888²⁶ ont ainsi interprété l'article 2 § 6 de la loi du 30 octobre 1886, aux termes duquel « *les établissements d'enseignement primaire de tout ordre peuvent être publics ou privés* » comme interdisant toute subvention des communes. Ces avis ont été rapidement confirmés au contentieux²⁷. De même, la jurisprudence constante selon laquelle les secours aux élèves ne sont légaux que s'ils ne constituent pas des subventions déguisées date de cette période²⁸.

1.2. La laïcité selon la loi de 1905

1.2.1. La loi de 1905 : la fin du Concordat et l'organisation de la séparation

Pour justifier le dépôt, le 10 novembre 1904, d'un projet de loi de séparation, la violation du Concordat par le pouvoir religieux fut invoquée. Aux termes de ce projet, l'Église catholique était davantage assujettie au gouvernement que sous le régime concordataire. C'était, dit Clemenceau, « *un régime tel qu'en peut concevoir une cervelle de vieux curé, non point retourné, mais simplement détourné de ses voies* »²⁹. Ce projet ne sera pas discuté, un changement de cabinet étant intervenu. En février 1905, un nouveau projet est présenté. L'ordre du jour de la Chambre des députés comprenant l'examen de ce projet

24 - Brigitte Basdevant-Gaudemet, « Le Conseil d'État et les questions religieuses au XIX^e siècle », *La revue administrative*, 1999.

25 - CE, *Guilbot*, 18 novembre 1851.

26 - Avis du 19 juillet 1888, D. 1890.3.14, note Baulny ; avis du 29 novembre 1888, *Rev. gén. adm.* 1899, t. II, p. 287.

27 - *Villes de Muret, Vitré et Nantes*, 20 février 1891, rec. p. 137.

28 - *Ville de Nantes*, 20 février 1891, rec. p. 144.

29 - Paul Bastid, *Cours de droit constitutionnel (doctorat)*, 1960-1961.



est adopté à une large majorité. A. Briand, cheville ouvrière de la commission parlementaire présidée par F. Buisson, instituée le 20 octobre 1902 et chargée du dossier de la séparation, est le rapporteur du projet. Il est aidé par L. Méjean, protestant, et par P. Grunebaum-Ballin, de confession juive.

1.2.1.1. Les débats au Parlement, longs et riches, témoignent des passions que le projet suscitait

La crise des relations avec le Saint-Siège et le non-respect du Concordat par celui-ci sont à nouveau mis en avant pour justifier la séparation. Jean Codet, député de la Haute-Vienne, républicain, s'exprimait ainsi : « *Le Concordat n'existe plus. Violé en principe par les doctrines de l'Église, il est violé, en fait, par les actes des archevêques et des évêques et par le pape lui-même ; l'Église a déchaîné contre lui toutes les tempêtes de la réaction, elle est en fait une feuille morte et c'est le souffle pacificateur de la liberté et du progrès qui l'emporte* ». Aristide Briand explique dans son rapport : « *Par la publication de l'encyclique *Quanta cura* et du *Syllabus*, Pie IX s'était inscrit en faux contre l'esprit même du Concordat de 1801 : la reconnaissance par la papauté de la Révolution de 1789 et de toutes les réformes juridiques, politiques et sociales qui en découlaient, sécularisation de l'État, expropriation des biens du clergé, abolition des corporations religieuses... ne point consulter le pouvoir civil, c'était donc confirmer ouvertement la dénonciation du Concordat par Rome elle-même. Et il paraît indiscutable que la séparation de l'Église et de l'État laïque était une volonté expresse du Saint-Siège ; mais c'était une séparation morale, en quelque sorte, la dénonciation d'un Concordat en tant qu'il assure à l'Église des avantages pécuniaires. La casuistique seule peut expliquer cette subtilité.* »

Outre le principe même de la séparation, trois grandes questions dominent les débats : celle des édifices, celle des associations culturelles et celle de la dévotion des biens.

Radicaux républicains et droite catholique s'opposent parfois vivement. Paul Lerolle, député de la Seine, qualifie les radicaux de « *mouvements sectaires qui veulent abolir le christianisme* ». L'amiral de Cuverville, sénateur du Finistère, déclare devant le Sénat « *De quoi s'agit-il ? Il ne s'agit de rien de moins que de faire une France nouvelle, une France sans Dieu, c'est-à-dire une France contre Dieu. On s'applique à creuser entre cette France de demain et cette France d'aujourd'hui un abîme infranchissable. On renie les origines chrétiennes de notre pays* ».

Mais A. Briand, dans son rapport, plaide pour une loi « équitable » qui ne force pas les Églises à adopter un régime contraire à leurs traditions. L'idée fait son chemin de la nécessité d'une législation spéciale, adaptée à l'exercice du culte, qui ne peut purement et simplement s'accommoder de la loi de 1901. Selon A. Briand, « *en faisant une loi sur le contrat d'association, le législateur n'a pas pu s'interdire le droit, je dirai même le devoir d'adapter cette loi aux associations qui auraient pour objet l'exercice du culte* » ; P. Deschanel, alors député d'Eure-et-Loir, déclarait lors des débats : « *Le droit commun signe l'impossibilité de vivre des cultes... Le droit commun est donc un idéal dont nous devons essayer de nous écarter le moins possible, mais cette règle, vous le voyez, ne peut s'entendre qu'avec bien des réserves* ». « *Appliquez... le*



droit commun aux associations : suivant la loi de 1901, elles ne pourront recueillir ni quêtes, ni collectes, ni taxes pour les cérémonies ; elles devront se contenter des cotisations de leurs membres. Il nous faut donc faire... une législation spéciale, comme nous l'avons fait pour les syndicats, pour les sociétés de secours mutuels... Appliquez le droit commun aux édifices ; l'État et les communes... pourront en priver aussitôt les cultes qui en ont la jouissance et... les mettre dans l'impossibilité de vivre : aussi, tout le monde s'accorde-t-il à reconnaître qu'un régime de transition au moins est ici nécessaire... Appliquez le droit commun à l'ouverture d'un lieu de culte : vous tomberez sous le coup du décret de 1859, qui exige l'autorisation préfectorale, et de l'article 294 du code pénal, qui punit d'amende ou de prison le propriétaire d'un local non autorisé. Appliquez enfin le droit commun aux réunions du culte : chaque réunion devra être précédée d'une déclaration indiquant le lieu, le jour et l'heure ; une assemblée de fidèles sera assimilée à une réunion publique. Or s'il est juste d'atteindre le prêtre qui, dans l'exercice de son ministère, provoquerait la sédition, il n'est pas moins juste de protéger la liberté du culte en édictant des pénalités spéciales contre les interruptions qu'il n'y aurait pas eu lieu de punir dans une réunion ordinaire ».

La loi fut qualifiée par ses partisans lors des discussions finales au Parlement de « *loi de liberté* » (A. Briand), de « *loi de liberté, d'affranchissement moral et de paix sociale* » (E. Combes) et de « *libérale, juste et sage* » par J. Jaurès lors du compte rendu qu'il fit à ses électeurs. P. Deschanel souligna que cette réforme, comme toute grande œuvre législative, était le résultat d'une série de transactions.

1.2.1.2. Promulguée le 9 décembre 1905, la loi de séparation constitue, avec les dispositions constitutionnelles qui l'ont confortée, la clé de voûte de la laïcité

Point d'aboutissement du conflit des « *deux France* », on a pu y voir une double rupture : avec la tradition de « *l'établissement* » de l'Église catholique dans la société politique, avec la tradition régaliennne selon laquelle l'État tentait de régenter les choses religieuses³⁰.

La loi du 9 décembre 1905 a défini le **régime juridique des relations entre l'État et les cultes**. Sans référence explicite à la laïcité, elle en a fixé le cadre, fondé sur deux grands principes énoncés à son titre I : la liberté de conscience et le principe de séparation.

La liberté de conscience est affirmée à l'article 1^{er} : « *La République assure la liberté de conscience* ». Elle a pour corollaire la liberté religieuse qui suppose elle-même la liberté individuelle de conscience, la liberté d'exercice du culte, la non discrimination entre les religions. La République « *garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* ». Cet article vise à mettre en exergue l'esprit de la réforme. Le rapporteur explique : « *Grâce à l'article placé en vedette de la réforme, le juge saura dans quel esprit tous les autres ont été conçus et adoptés. Toutes*

30 - Jean Boussinesq, *La laïcité française*, Seuil, 1994, p. 47.



les fois que l'intérêt de l'ordre public ne pourra être légitimement invoqué dans le silence des textes ou dans le doute sur leur exacte application, c'est la solution libérale qui sera la plus conforme à la pensée législative ». Les opposants formulent de nombreuses critiques. L'article 1^{er} serait la manifestation d'une guerre religieuse contre le catholicisme, le libre exercice des cultes ne garantirait pas la libre pratique de la religion³¹. L'article est adopté par 412 voix contre 45 à la Chambre des députés et par 214 contre 46 au Sénat.

Le principe de séparation des Églises et de l'État est affirmé à l'article 2 de la loi : la République « *ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte* », mais, ce faisant, n'en ignore aucun, même si la séparation implique la non-immixtion de l'État dans les affaires des Églises et l'absence de soutien financier : « *La séparation n'a pas voulu et ne pouvait pas être une ignorance. Ignorer les Églises eût été une attitude dangereuse pour l'État, étant donné la force sociale, morale, voire même politique qu'elles continuent de représenter dans la société. C'eût été aussi risquer de mettre en péril la liberté de conscience des citoyens* »³².

Deux conséquences majeures de la séparation sont inscrites à l'article 2. Cet article prévoit en premier lieu la suppression des dépenses relatives à l'exercice du culte dans les budgets de l'État, des départements et des communes. Sur ce dernier point, contesté lors des débats³³, A. Briand fit valoir que « *l'État doit à l'Église sa liberté... la faculté de s'organiser. Notre projet les lui donne en même temps que des ressources et le moyen de s'en procurer d'autres qui lui permettent d'assurer l'exercice de la religion en France. C'est tout ce qu'elle a le devoir d'exiger* ». Le rapport d'A. Briand précise que, par une conséquence nécessaire du principe de séparation, les ministres des cultes seront, pour tout ce qui concerne leur ministère ou en dérive, légalement ignorés. Les traitements et allocations versés par l'État aux ministres des cultes, en particulier, n'ont plus lieu d'être. Une exception est cependant prévue, introduite par voie d'amendement : les dépenses relatives à des services d'aumôneries dans les établissements publics tels que les lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons³⁴ peuvent être inscrites aux budgets publics. Il s'agit d'assurer le libre exercice des cultes dans les lieux fermés. L'un des auteurs de l'amendement souligne qu'une administration publique obligée de faire fréquemment appel aux ministres d'un culte a intérêt à leur donner le titre d'aumônier, intérêt à leur servir un traitement régulier, intérêt à acquérir ainsi sur eux une certaine autorité.

Seconde conséquence majeure du principe de séparation, les établissements publics chargés de la gestion des lieux de culte dont ils étaient affectataires ou propriétaires sont supprimés. Il s'agit des fabriques dont les articles organi-

31 - Propos du député Lerolle, le 11 avril 1905.

32 - J. Rivero, *Les libertés publiques*, t. II, PUF, 2003, p. 160.

33 - Cf. notamment les propos de Jules Dansette, Député du Nord : « *C'est l'intrusion brutale de l'État dans la vie locale, c'est, une fois de plus, l'application de ce principe d'universelle domination, de ce besoin d'uniformité, de cette tyrannie des pouvoirs publics qui nous vient de la Révolution et qui, depuis plus d'un siècle, éteint tout foyer local d'énergie et, suivant une parole célèbre, fait de ce pays, qui devrait être un peuple de citoyens, un troupeau d'administrés* ».

34 - S'agissant des prisons cf. R. Badinter, *La prison républicaine*, Fayard Éd., 1992, p. 290 et s.



ques avaient prévu qu'elles étaient établies pour veiller à l'entretien des édifices destinés au culte et à l'administration des aumônes. Les menses, les consistoires protestants et israélites, les conseils presbytéraux étaient également considérés comme des établissements publics du culte.

La délicate **question de l'attribution des biens dont l'Église dispose** est traitée aux titres II et III de la loi.

Des organismes nouveaux sont prévus à cette fin : les associations culturelles, auxquelles seront transférés, dans le délai d'un an à compter de la promulgation de la loi, les biens mobiliers et immobiliers des établissements publics du culte appelés à disparaître. C'est l'objet de l'article 4, l'un des plus discutés car considéré lors des débats comme l'article clé de la loi. L'enjeu est de taille, son application conditionne la poursuite de l'exercice du culte.

L'un des intervenants³⁵ résume parfaitement cet enjeu lors de la discussion au Sénat : « *Messieurs... l'article dont nous abordons la discussion est le point capital de la loi. Si, en effet, les associations culturelles peuvent se constituer le lendemain de la promulgation de la loi, le service du culte restera plus ou moins assuré en France, mais enfin, tout au moins pendant quelque temps, il restera assuré. Si au contraire... il existe pour les catholiques des obstacles presque absolus à l'adoption des associations culturelles, il est évident que la loi ne pourra recevoir aucune application pratique, que nous nous trouverons, au point de vue de l'organisation du culte catholique, en face du néant* ».

Une importante précision est ajoutée au cours des débats, destinée à donner satisfaction aux catholiques, mais dont on sait qu'elle ne s'est pas révélée suffisante à leurs yeux : les associations culturelles devront se conformer aux règles générales du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice. L'Église catholique craignait que l'absence de précision sur le lien des associations culturelles avec la hiérarchie de l'Église laisse la porte ouverte au schisme et à l'anarchie au sein de l'Église³⁶. Le rapporteur justifie ainsi cet ajout : « *Je m'empresse de déclarer qu'il n'y a rien dans cette modification qui soit contraire ou même simplement en désaccord avec l'esprit dans lequel l'article 4 avait été conçu et arrêté dans son premier texte... À l'heure où va être faite la dévolution des biens, nous sommes en présence de trois Églises... Ces Églises ont des constitutions que nous ne pouvons pas ignorer ;... et notre premier devoir, à nous législateurs, au moment où nous sommes appelés à régler le sort des Églises dans l'esprit de neutralité où nous concevons la réforme, c'est de ne rien faire qui soit attentatoire à la libre constitution de ces Églises* ».

Les édifices servant à l'exercice des cultes et qui, aux termes de l'article 12, « *sont et demeurent propriété de l'État, des départements et des communes* », seront laissés gratuitement à la disposition des établissements publics du culte, puis des associations appelées à les remplacer. Les biens des établissements ecclésiastiques qui proviennent de l'État lui feront retour (art. 5) et ceux qui sont grevés d'une affectation charitable ou de toute affectation autre que

35 - Eugène Brager de la Ville-Moysan, sénateur, gauche républicaine.

36 - Paul Bastid, *Cours de droit constitutionnel (doctorat)*, 1960-1961.



l'exercice du culte seront attribués par les représentants légaux des établissements ecclésiastiques aux services ou établissements publics ou d'utilité publique dont la destination est conforme à celle des dits biens. L'attribution est approuvée par le préfet du département du siège de l'établissement et dans l'hypothèse de non-approbation, un décret en Conseil d'État devra intervenir (art. 7).

L'article 8 du titre II (art. 6 à l'origine) fait rebondir le débat : c'est un amendement présenté par la gauche qui a confié au Conseil d'État statuant au contentieux compétence pour se prononcer sur les litiges entre plusieurs associations, relatifs aux transferts de biens, dispositions qui susciterent la méfiance des catholiques. Ils y virent un recul par rapport à l'article 4.

La loi prévoit en outre qu'à défaut de transfert par un établissement ecclésiastique, dans le délai d'un an, des biens à attribuer, il y sera pourvu par décret. À l'expiration de ce délai, ils seront placés sous séquestre jusqu'à leur attribution. De même, à défaut d'une association pour recueillir les biens d'un établissement public du culte, ceux-ci seront attribués par décret aux établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance (art. 9).

L'« *inventaire descriptif et estimatif* » des biens des établissements et des biens de l'État, des départements et des communes dont ces établissements ont la jouissance est prévu par l'article 3 de la loi, dont l'application a donné lieu à la « *crise des inventaires* ». Cet inventaire est confié aux agents de l'administration des domaines. A. Ribot, alors député du Pas-de-Calais, auteur de ces dispositions, avait semble-t-il l'idée de « *protéger les œuvres d'art contre l'avidité des brocanteurs et l'ignorance des curés et fabriciens* »³⁷. Mais beaucoup de catholiques y virent l'annonce d'une spoliation. Une circulaire du directeur de l'enregistrement qui évoque l'ouverture des tabernacles envenime la question³⁸, et des heurts parfois violents se produisent, qui font un mort. A. Briand, ministre des cultes, « *prescrit aux préfets de ne faire procéder aux inventaires que dans la mesure où ils ne rencontreront pas de résistance et Clemenceau, ministre de l'intérieur, estime de son côté que le comptage des chandeliers dans une église ne vaut pas une vie humaine* »³⁹. Le conflit s'apaise, mais la crise des inventaires renforcera, parmi les catholiques, le camp des partisans de l'intransigeance.

Le régime des associations cultuelles est détaillé au titre IV de la loi. Associations constituées conformément à la loi de 1901, elles devront en outre répondre à certaines prescriptions (art. 18). Aux termes de l'article 19 de la loi de 1905, l'exercice d'un culte doit être leur objet exclusif. L'article 4 de la loi de 1905 qui prévoit le transfert à ces associations du patrimoine mobilier et immobilier des établissements publics du culte (fabriques, menses, conseils presbytéraux, consistoires...) précise, comme on l'a vu, qu'elles doivent se conformer « *aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice* » (article 4), principe qui servira de fondement à toute une jurisprudence bien qu'il soit exprimé dans un article dont certains se demandaient s'il ne pouvait être lu comme étant de portée transitoire.

37 - Paul Bastid, *Cours de droit constitutionnel*, op. cité.

38 - Jean-Marie Mayeur, « La crise de la séparation », *La Revue administrative*, 1999.

39 - Paul Bastid, *Cours de droit constitutionnel*, op. cité.



Le nombre de membres des associations varie de 7 à 25 au minimum, en fonction du nombre d'habitants de la commune. Leurs ressources sont constituées du produit des cotisations, des quêtes et collectes pour l'exercice du culte, des rétributions qu'elles perçoivent pour les cérémonies et services religieux, pour la location des sièges, pour la décoration des édifices, pour les objets destinés au service des funérailles. Mais elles ne peuvent, sous quelque forme que ce soit, recevoir des subventions de l'État, des départements ou des communes. Elles peuvent constituer des unions. Leur contrôle financier est exercé par l'administration de l'enregistrement et par l'inspection générale des finances.

Le titre V de la loi, consacré à la **police des cultes**, tient compte de ce que la religion n'est pas une affaire purement privée. L'article 25 confère aux réunions religieuses le statut de réunions publiques soumises au droit commun, mais une seule déclaration suffit pour l'ensemble des réunions qui auront lieu dans l'année et il est interdit de tenir des réunions politiques dans les locaux servant habituellement à l'exercice d'un culte. L'article 27 autorise les manifestations extérieures aux lieux de culte qui continueront à être régies par les dispositions des articles 95 et 97 de la loi municipale du 5 avril 1884 visant au maintien du bon ordre, de la sûreté et de la salubrité publiques. La loi de 1905 prévoit que les sonneries de cloches seront réglées par arrêté municipal, ou préfectoral s'il y a désaccord entre le maire et l'association culturelle. Dans le souci d'affirmer la neutralité de l'État, il est désormais interdit d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit.

Outre les sanctions prévues en cas de non-respect de ces diverses prescriptions, sont punis « *ceux qui, soit par voies de fait, violences ou 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, l'auront déterminé à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte, à faire partie ou à cesser de faire partie d'une association culturelle, à contribuer ou à s'abstenir de contribuer aux frais d'un culte* » (article 31) ou « *ceux qui auront empêché, retardé ou interrompu les exercices d'un culte par des troubles ou désordres causés dans le local servant à ces exercices* » (article 32).

Mais, inversement, était puni d'une amende ou d'emprisonnement « *Tout ministre d'un culte qui, dans les lieux où s'exerce ce culte, aura publiquement par des discours prononcés, des lectures faites, des écrits distribués ou des affiches apposées, outragé ou diffamé un citoyen chargé d'un service public* » (article 34). En outre, « *Si un discours prononcé ou un écrit affiché ou distribué publiquement dans les lieux où s'exerce le culte, contient une provocation directe à résister à l'exécution des lois ou aux actes légaux de l'autorité publique, ou s'il tend à soulever ou à armer une partie des citoyens contre les autres, le ministre du culte qui s'en sera rendu coupable sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, sans préjudice des peines de la complicité, dans le cas où la provocation aurait été suivie d'une sédition, révolte ou guerre civile* » (article 35).

Le titre VI abroge toutes **les dispositions relatives à l'organisation publique des cultes antérieurement reconnus par l'État**, dont la loi du 18 germinal an X, c'est-à-dire le Concordat et les articles organiques.



Mais, ainsi que le relevait Paul Bastid⁴⁰, le Concordat, qu'il s'agit de remplacer et d'abroger, n'est-il pas un traité international ? La France pouvait-elle s'en affranchir unilatéralement ? Des négociations ou un préavis n'auraient-ils pas été nécessaires ? Dans son rapport, A. Briand s'efforce de répondre par avance à cette objection. Il faut distinguer, selon lui, entre la loi qui a rendu exécutoire en France le Concordat et la convention elle-même conclue avec le Saint-Siège. La loi peut être abrogée par une autre loi et ne peut l'être autrement. Le Concordat, convention sui generis, est un contrat synallagmatique, qui ne saurait être regardé comme perpétuel : « *les États ne peuvent, pas plus que les individus, obliger indéfiniment leurs successeurs et les lier par des liens indissolubles... Comment pourrait-il prendre fin ? Par la volonté exprimée de l'une des parties de ne pas remplir ses engagements ; par la volonté présumée de l'une des parties de ne plus se conformer à ses obligations ; par une entente entre les deux parties* ». Or, selon A. Briand, le Concordat doit être considéré comme rompu par la volonté présumée et unilatérale du pape, les agissements du Saint-Siège ayant été tels que le gouvernement français a invoqué l'intention du pape de ne plus exécuter intégralement la convention signée par Bonaparte et Pie VII pour présenter comme légitime la rupture unilatérale du Concordat.

Au terme des débats, qui durèrent de mars à novembre 1905, le projet de loi fut adopté à la Chambre des députés par 341 voix contre 233 et au Sénat par 179 voix contre 103.

1.2.2. La voie ouverte à une interprétation libérale

Le régime institué par la loi de 1905 avait certes davantage pour objet, à l'origine, par-delà l'affirmation des principes, de régler le sort des cultes reconnus et en particulier, les rapports entre l'État et l'Église catholique et « *d'assurer la pacification des esprits* »⁴¹ que de « *penser la neutralité religieuse de l'État dans un cadre ouvert et pluraliste* »⁴². Il n'a pas été substantiellement modifié au fond depuis 1905. Il a surtout été complété par la loi du 2 janvier 1907 sur l'exercice public des cultes qui attribue la jouissance gratuite des édifices du culte catholique aux fidèles et ministres du culte pour « *la pratique de leur religion* », par celle de 1942 sur les biens des associations cultuelles et par les lois sur l'enseignement privé.

Pour les pères fondateurs de la loi de 1905, puis de celle de 1907 sur les cultes, la laïcité n'est pas le refoulement des religions ou de leurs manifestations de l'espace public vers la sphère privée. C'est le refus de l'accaparement de l'État et de la société par les religions et, inversement, de la main mise de l'État sur celles-ci. C'est, selon J. Jaurès, la fin de l'infailibilité d'Église ou d'État. Pour A. Briand, et la majorité qui l'a suivi, il doit s'agir d'une loi de séparation « *loyale* ».

40 - Paul Bastid, *Cours de droit constitutionnel*, op. cité.

41 - A. Briand.

42 - Pierre Henri Prélôt, *RDP* n° 3-2001, p. 742.



A. Briand « conçoit la séparation comme une œuvre d'apaisement destinée à mettre un terme à des querelles irritantes, dans le respect de la libre constitution des Églises, et qui permettra, cet abcès une fois vidé, de s'attaquer aux réformes sociales. L'État n'est pas intéressé aux luttes confessionnelles. Il n'est ni religieux, ni irréligieux, il est areligieux »⁴³.

Selon J. Baubérot, la loi de 1905 se fonde sur trois compromis⁴⁴ : la privatisation de la religion, mais cela ne signifie pas que la religion n'a plus d'expression collective ni de visibilité sociale ; la prise en compte de l'organisation propre à chaque Église, plus particulièrement celle de l'Église catholique et de sa hiérarchie ; enfin, troisième compromis, « la France décide de ne pas se couper de ses racines religieuses », on n'instaure pas un calendrier républicain, les fêtes religieuses restent des fêtes publiques, on ne détruit pas les calvaires.

Au cours des débats parlementaires sur la loi de séparation, A. Briand s'exprime ainsi : « En ce qui me concerne, je me déclare prêt à faire toutes les concessions nécessaires, celles bien entendu qui n'exigeront pas de capitulation de conscience de ma part, mais je reste plus convaincu que jamais que la séparation doit être faite dans un esprit de libéralisme très net. Sur ce point, encore, messieurs, je me permets d'insister. Quand on a lutté contre une vieille ennemie comme l'Église, quand on s'est pris corps à corps avec elle dans les moments les plus difficiles, les plus périlleux, les plus critiques, quand on s'est habitué à lui porter des coups et à en recevoir d'elle, on finit par éprouver une sorte d'affection pour elle et l'on se résout difficilement à s'en séparer ».

On a pu dire que la loi de 1905 ne mettait pas fin aux relations de l'Église et de l'État, mais en ouvrait un nouveau chapitre dans des conditions redéfinies⁴⁵. Si elle n'a pas assuré à court terme l'apaisement, son application, les lois ultérieures, celles de 1907 en particulier, puis les accords Poincaré-Cerretti de 1923-1924 avec le Saint-Siège y ont conduit.

Le juge administratif a pour sa part joué dans l'interprétation libérale de la loi un rôle conforme aux vœux du législateur⁴⁶. Il le fit tout d'abord en déclarant aussitôt irrecevables les recours pour abus dont il était saisi, consacrant la disparition de cette procédure comme contrepartie logique de la séparation et de la liberté donnée en conséquence à l'Église. Rapidement, il se posa en régulateur des rapports entre les Églises et l'État.

On a pu voir dans la fonction de régulation exercée par le Conseil d'État dès le lendemain de la promulgation de la loi de 1905, une « véritable construction par la Haute Assemblée des fondements de la laïcité »⁴⁷. S'il ne pouvait que tenir compte de la rupture entre l'État et les Églises consacrée par la loi de

43 - Paul Bastid, *Cours de droit constitutionnel*, op. cité.

44 - Colloque du 16 décembre 1989 organisé par la ligue de l'enseignement et *Le Nouvel Observateur*.

45 - Émile Poulat, *Documents épiscopat, Bulletin du secrétariat de la conférence des évêques de France*, n° 15, octobre 1990.

46 - Michel Bernard, « La paix religieuse (1920-1960) », *La Revue administrative*, 1999.

47 - Jean Barthélemy, « Le Conseil d'État et la construction des fondements de la laïcité », *La Revue administrative*, 1999.



1905 et en tirer les conséquences, le Conseil d'État l'a fait dans l'esprit le plus libéral, « *imposant de la sorte une conception ouverte de la laïcité* »⁴⁸. Il s'est ainsi attaché à assurer une application libérale du texte de séparation, en veillant à la mise en œuvre du principe de libre exercice des cultes, sous réserve des restrictions exigées par l'ordre public, ainsi qu'au respect des règles d'organisation de ces cultes. Même si, jusqu'en 1945, il n'était pas obligatoirement consulté sur les projets de loi, le Conseil d'État a, par son rôle contentieux et les avis rendus à la demande du gouvernement, façonné les contours de la laïcité par l'affirmation de la liberté de conscience et, par là, de la liberté religieuse. Tout au long du XX^e siècle, tant les formations contentieuses qu'administratives ont su faire prévaloir, y compris sur les questions les plus conflictuelles, une interprétation des textes conforme à l'esprit des auteurs de la loi de 1905. Qu'il s'agisse des règles concernant l'organisation des cultes et leur exercice, en particulier le statut des lieux de culte et celui des associations diocésaines, du statut des congrégations, de la police des cultes, de la liberté religieuse dans la fonction publique ou de la liberté de l'enseignement, l'apport du Conseil d'État a souvent été, comme on le verra, essentiel.

1.3. Principe de laïcité et particularités locales

À l'époque coloniale, l'Algérie a connu un régime particulier. Bien que la loi de 1905 y ait été théoriquement en vigueur, en vertu du décret du 27 septembre 1907, elle ne l'a pas été en pratique. Les liens étaient étroits entre l'Église catholique et les autorités. S'agissant de l'islam, l'intervention de l'État était particulièrement forte. Des indemnités de fonction étaient accordées aux imams, et seuls les imams et muftis préalablement agréés étaient autorisés à prendre la parole dans les mosquées⁴⁹. La réaffirmation par la loi du 20 septembre 1947 portant statut organique de l'Algérie de l'indépendance du culte musulman à l'égard de l'État dans le cadre de la loi de 1905 n'a rien changé à ces pratiques qui ont subsisté jusqu'à l'indépendance. L'organisation du pèlerinage à La Mecque était rattachée au gouverneur général de l'Algérie⁵⁰. « *Du fait du refus de la République de reconnaître la citoyenneté française aux musulmans, les instances religieuses ont eu, en Algérie, un rôle de gestion civile. Il importait dans ces conditions de maintenir le culte sous la dépendance de l'État pour mieux en contrôler l'exercice* »⁵¹.

Outre le régime propre à l'Algérie dans le passé, la France compte aujourd'hui huit régimes culturels différents, dont six pour l'outre-mer⁵².

48 - Jean Barthélemy, op. cité.

49 - Stéphane Pierré-Caps, « Les nouveaux cultes et le droit public », *RDP* 1990.

50 - E. Poulat, « Notre laïcité publique », *Berg international*, 2003.

51 - Rapport du Haut Conseil à l'intégration, *L'Islam dans la République*, novembre 2000, p. 17.

52 - G. Bedouelle, J.-P. Costa, op. cité.



1.3.1. Le régime des cultes en Alsace-Moselle

Le Concordat a été maintenu en vigueur dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, alors qu'il avait été abrogé pour tous les autres départements par l'article 44 de la loi du 9 décembre 1905. Avec la défaite de 1870 et l'annexion des départements du Rhin et de la Moselle, la législation culturelle issue de la loi du 18 germinal an X y est maintenue, à laquelle s'ajoute l'application de dispositions de droit allemand. Le retour de l'Alsace-Moselle à la France ne remet pas en cause cette spécificité que pérennise la loi du 1^{er} juin 1924. Sous le gouvernement Édouard Herriot, une tentative de remise en cause de ce particularisme suscite de fortes réactions locales et reste sans suite. Par un avis du 24 janvier 1925⁵³, le Conseil d'État confirme l'application en Alsace-Moselle du régime concordataire. L'ordonnance du 15 septembre 1945 rétablissant la légalité républicaine maintient en vigueur la législation applicable à la date du 16 juin 1940. Il s'agissait d'une application provisoire qui, là encore, deviendra durable. L'attachement de la population d'Alsace-Moselle aux règles du Concordat et la tradition d'un régime spécifique dans les domaines religieux expliquent cette exception. Déjà, sous l'Ancien Régime, l'Alsace bénéficiait d'une législation particulière en matière religieuse. En outre, on ne peut comprendre l'attachement des populations d'Alsace-Moselle au régime particulier des cultes qui s'y applique si on le distingue du système plus global du droit local⁵⁴. Ni la loi de 1901 ni celle de 1905 ne s'appliquent aujourd'hui en Alsace-Moselle. Le maintien du régime spécifique de droit public local antérieur à la loi de 1905 se traduit par la coexistence de deux régimes culturels, celui des quatre cultes reconnus, Église catholique, Église de la confession d'Augsbourg d'Alsace et de Lorraine (luthérienne), Église réformée d'Alsace et de Lorraine (calviniste), culte israélite, et celui des autres cultes, l'islam ne faisant pas partie des cultes reconnus.

Les règles applicables aux *cultes reconnus* présentent de fortes spécificités. Le Conseil d'État considère qu'il existe un service public du culte dans les départements soumis au Concordat⁵⁵. Le statut des cultes reconnus se caractérise par un équilibre entre les avantages matériels non négligeables dont ils bénéficient et le droit de regard que conserve l'État. Le régime des cultes reconnus fait du Président de la République française le dernier chef d'État qui nomme des évêques catholiques⁵⁶, dès lors que la nomination de l'évêque de Metz et de l'archevêque de Strasbourg lui appartient. Mais en réalité la liberté de la curie romaine est pratiquement totale. Au sein de l'Église protestante, les nominations décidées par les autorités investies de ce pouvoir doivent faire l'objet d'une approbation du ministre de l'Intérieur. Curés et pasteurs sont désignés par les autorités religieuses mais le gouvernement conserve un droit d'opposition. Pour le culte israélite, la nomination du grand rabbin est soumise

53 - Reproduit en annexe.

54 - Avis présenté par M. René Dosière, au nom de la Commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi de finances pour 2002, Assemblée nationale, octobre 2001.

55 - CE, Section de l'intérieur, avis du 26 avril 1994, n° 355.514.

56 - Jean Baubérot, *Histoire de la laïcité française*, op. cité.



à l'approbation du Premier ministre, celle des rabbins à l'approbation du ministre de l'Intérieur, celle des ministres officiants à l'approbation du préfet. Les ministres du culte sont rémunérés par l'État s'ils ont été nommés sur un poste rétribué par ce dernier. Ils n'ont cependant pas la qualité d'agents publics⁵⁷.

Les organes des cultes reconnus sont des établissements publics dont les salariés sont dans une situation de droit public⁵⁸ et dont les décisions sont soumises au contrôle du juge administratif⁵⁹. Ces établissements ne peuvent procéder à des acquisitions à titre onéreux ou à l'aliénation de biens ou accepter des libéralités qu'après autorisation de l'administration⁶⁰. Les collectivités publiques participent aux dépenses des cultes. Elles doivent garantir l'équilibre financier des fabriques et des conseils presbytéraux et peuvent en outre verser des subventions aux cultes.

Les édifices des cultes reconnus appartiennent soit aux communes, ou à l'État pour les cathédrales de Metz et Strasbourg, soit aux établissements publics du culte. Leur entretien incombe à ces derniers : pour le culte catholique, les intérêts de la paroisse sont gérés par la fabrique, établissement réunissant, autour du maire et du curé, des conseillers initialement nommés par l'évêque puis renouvelés tous les trois ans par cooptation ; pour les cultes protestants, la gestion des édifices cultuels relève pour l'essentiel du conseil presbytéral, composé du pasteur et de membres de la communauté protestante de la paroisse ; le culte israélite confie au consistoire départemental la gestion des édifices cultuels. Dans le cas où les ressources de ces établissements publics sont insuffisantes pour faire face aux charges de l'entretien des édifices cultuels, les communes sont tenues, en vertu de l'article L. 2543-3 du Code général des collectivités territoriales, de participer au financement des travaux. Les communes sont également tenues d'assurer le logement des ministres du culte, soit en fournissant un logement, soit en versant une indemnité de logement.

Les *cultes non reconnus*, qui sont essentiellement des groupements protestants non rattachés aux deux cultes protestants reconnus ainsi que le culte musulman, constituent des associations selon le droit local, régime par certains aspects plus favorable que celui institué par la loi de 1905 pour les associations cultuelles et applicable sur le reste du territoire de la République. Là encore, le Conseil d'État a confirmé le maintien en vigueur de la législation locale sur les associations, en considérant que si, postérieurement à la loi du 1^{er} juin 1924 qui a maintenu en application dans les départements d'Alsace-Moselle les textes d'Empire sur les associations, les préambules des Constitutions des 27 octobre 1946 et 4 octobre 1958 ont réaffirmé les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, au nombre desquels figure la liberté d'association, cette réaffirmation n'a pas eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions du texte en cause⁶¹.

57 - CE, avis n° 245014 du 27 août 1948.

58 - Tribunal administratif de Strasbourg, 29 octobre 1987, *Kaelhoffer*.

59 - CE, 13 mai 1964, *Dlle Ebesstarck*, rec. p. 288.

60 - Décret n° 66-388 du 13 juin 1966 modifié.

61 - CE, Ass., 22 janvier 1988, *Association « Les cigognes »*, rec. p. 37 ; 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignements du second degré (SNES)*, rec. p. 170.



Le droit local distingue les associations de fait et celles inscrites sur un registre tenu par le tribunal d'instance, ces dernières disposant d'une capacité juridique plus étendue que celles relevant de la loi de 1901, mais étant aussi soumises à un contrôle plus accentué de l'administration. Les groupements culturels peuvent se constituer librement sous la forme d'associations. Les associations culturelles constituées selon le droit local bénéficient d'avantages fiscaux. Elles ne sont pas tenues, contrairement aux associations culturelles de la loi de 1905, de limiter leur objet à l'exercice du culte. Si, dans le passé, l'opposition à l'inscription d'une association politique ou religieuse a pu être regardée comme discrétionnaire⁶², tel n'est plus le cas, le préfet ne pouvant désormais s'opposer à l'inscription de telles associations sur le registre du tribunal d'instance que pour des raisons d'ordre public⁶³.

Autre particularisme du régime concordataire, *l'enseignement religieux* des quatre cultes reconnus est obligatoire⁶⁴ dans les établissements publics d'enseignement en Alsace-Moselle, y compris dans les établissements de l'enseignement technique et professionnel⁶⁵. Les dispositions de droit local rendant cet enseignement obligatoire sont toujours en application⁶⁶. Des dispenses sont possibles, mais, dans l'enseignement du premier degré, l'élève doit alors suivre un « complément d'enseignement moral » qui peut revêtir plusieurs formes⁶⁷.

De façon générale, la coexistence de cultes reconnus et de cultes non reconnus ne constitue pas en Alsace-Moselle une entrave à l'exercice de la liberté religieuse. Le système concordataire paraît fonctionner à la satisfaction des cultes reconnus, sans qu'il y ait des reproches d'empiétement réciproque de la part de l'État ou des Églises. Plus complexe est sans doute, mais cela n'est pas propre au système concordataire, la question de la place et du régime des autres confessions.

La *constitutionnalité* du droit local appliqué en Alsace-Moselle fait l'objet de questions récurrentes⁶⁸. Ce droit local serait notamment contraire au principe d'égalité et à celui d'indivisibilité de la République. Certaines de ses dispositions seraient en tout état de cause inconstitutionnelles, en particulier celles relatives au droit des cultes, car contraires au principe de laïcité. Enfin, la variation dans l'espace des conditions essentielles d'une liberté publique poserait un problème constitutionnel.

62 - CE, 9 avril 1943, *Fédération du Parti Social Français du Haut-Rhin et sieur Depoizier*, rec. p. 91.

63 - CE, Sect., 25 juillet 1980, *Ministère de l'Intérieur c/Église évangéliste baptiste de Colmar*, rec. p. 320.

64 - La loi Falloux pour l'enseignement du premier degré ; pour le second degré, ordonnance du chancelier d'Empire du 10 juillet 1873 article 10 A (introduit par l'ordonnance du 16 novembre 1887), texte maintenu en vigueur lors de la réintégration des départements d'Alsace-Moselle au sein de la République française. Cf. Bernard Toulemonde « L'enseignement religieux obligatoire en Alsace-Moselle ne méconnaît ni les principes constitutionnels ni la Convention européenne des droits de l'Homme », *AJDA*, 2002.

65 - CE, Sect., 23 mai 1958, *Ministère de l'Éducation nationale c/Weber*, rec. p. 293.

66 - CE, 25 juillet 1986, *Syndicat général de l'éducation nationale CFDT*, rec. tab. p. 346.

67 - Rapport Dosière précité.

68 - Cf. Jurisclasseur administratif, fasc. 122-1.



Les lois applicables en Alsace-Moselle n'ont pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité préalablement à leur promulgation. Ce n'est qu'à l'occasion de nouvelles dispositions législatives modifiant, complétant ou affectant le domaine de ces lois (et non pas constituant de simples mesures d'application de celles-ci) que le Conseil Constitutionnel pourrait exercer ce contrôle. Par ailleurs, le juge administratif peut constater l'abrogation implicite d'un texte qui serait contraire à une norme constitutionnelle nouvelle⁶⁹. Mais, comme il a été dit, le Conseil d'État a estimé, à deux reprises, que les dispositions constitutionnelles intervenues postérieurement à la loi du 1^{er} juin 1924 n'avaient pas eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions de ladite loi⁷⁰. On peut voir dans la situation prévalant en Alsace-Moselle une forme particulière de l'organisation des rapports et de la séparation des Églises et de l'État.

1.3.2. Les régimes spécifiques applicables outre-mer

L'application de la loi de 1905 fut étendue à Madagascar, par un décret du 11 mars 1913, dont l'article 35 précise « *qu'il sera statué ultérieurement sur le statut applicable à Mayotte et aux Comores* ». En Guadeloupe, à la Martinique et à La Réunion, un décret du 6 février 1911⁷¹ a institué un régime de séparation équivalent à celui de la loi de 1905.

S'agissant des territoires où la loi de 1905 ne s'applique pas, des textes spécifiques existent. Là où le régime de la séparation issu de la loi de 1905 n'avait pas été mis en application, les missions religieuses restaient en effet sans fondement juridique en droit français. Sur le fondement des lois de pleins pouvoirs, un premier décret du 16 janvier 1939 modifié par un second le 6 décembre 1939 fut pris afin de pallier l'absence de législation. Aux termes de ces décrets, dits décrets Mandel, les missions religieuses sont dotées de la personnalité juridique. Elles peuvent constituer des conseils d'administration pour les représenter dans les actes de la vie civile, ce qui a pour double intérêt de faciliter leur gestion tout en assurant un contrôle des autorités administratives. En vertu du premier de ces décrets, la désignation du président du conseil d'administration et l'acceptation des dons et legs sont soumises à l'agrément de l'administration locale. Le décret du 6 décembre 1939 exonère le chef de la mission catholique de l'agrément. En raison notamment de la seconde guerre mondiale, les décrets Mandel de 1939 sont entrés en vigueur dans les différents territoires à des dates diverses.

Des régimes différents ont ainsi été institués outre-mer, en fonction de l'histoire et de la situation géographique, ethnique et culturelle.

69 - Cf. avis du Conseil d'État du 4 nivôse an VIII, D. 1999-705, note Pacteau ; CE, Ass., 22 janvier 1982, *Butin*, rec. p. 27. CE, Assemblée générale (Section de l'intérieur), 6 décembre 1990, n° 348.023.

70 - CE, Ass., 22 janvier 1988, *Association Les Cigognes*, rec. p. 37 ; CE, 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignants du second degré (SNES)*.

71 - Pris sur le fondement de l'article 43 de la loi du 9 décembre 1905 aux termes duquel : « *des règlements d'administration publique détermineront les conditions dans lesquelles la présente loi sera applicable à l'Algérie et aux colonies* ».



En Nouvelle-Calédonie le régime des décrets Mandel est applicable depuis le 15 novembre 1943.

En Polynésie française, un décret du 5 juillet 1927 relatif à l'organisation des Églises protestantes dans les établissements français de l'Océanie a accordé au culte protestant, qui y est majoritaire, un statut spécial en instaurant un régime de séparation. Pour les catholiques, les décrets Mandel s'appliquent depuis 1939 pour le premier, 1951 pour le second. Le clergé catholique à Tahiti n'est pas rémunéré sur fonds publics. Les institutions de bienfaisance peuvent être subventionnées sur fonds publics.

Dans les îles Wallis et Futuna, les décrets Mandel s'appliquent depuis 1948. Aux termes d'un échange de lettres datées des 7 et 19 juin 1951, relatif à la nomination des ordinaires⁷² dans les territoires de la France d'outre-mer, la nomination des évêques des quatre diocèses des îles Wallis et Futuna, Nouméa, Papeete et Teiohae (îles marquises, Polynésie française) n'est pas soumise aux accords Briand-Poincaré-Cerretti de 1923-1924. Le pape nomme librement ces évêques, en prenant toutefois soin, en pratique, de désigner des titulaires de nationalité française⁷³. L'enseignement primaire public est concédé, par l'État, à la mission catholique.

À Saint-Pierre et Miquelon, le seul régime existant est celui des décrets Mandel, entrés en vigueur en 1956. Les prêtres catholiques sont rémunérés sur fonds publics locaux (subvention du Conseil général) et le vicaire apostolique perçoit une rémunération apostolique. Les églises appartiennent aux communes qui, bien que ne possédant pas de titre de propriété, pourvoient à leur entretien. Le statut des congrégations a été réglementé par un décret spécifique à ce territoire en date du 30 novembre 1913.

En Guyane française, le Concordat n'a jamais été applicable, et le régime repose toujours sur l'ordonnance royale de Charles X du 27 août 1828 qui définit le régime juridique pour le culte catholique. Il ne s'agit pas d'un régime concordataire, puisqu'il n'y a pas d'accord avec le Saint-Siège, mais il s'inspire de ce régime. Aucune procédure n'existe officiellement pour désigner l'évêque de Cayenne que, dans la pratique, le pouvoir civil nomme. Depuis, se sont ajoutées simplement les dispositions des décrets Mandel de 1939 sur les conseils d'administration des missions qui permettent aux confessions non catholiques d'exercer leur culte dans le cadre de ces conseils. En vertu de l'ordonnance du 27 août 1828, les ministres du culte catholiques reçoivent un traitement versé par le département de la Guyane. L'article 36 de cette ordonnance dispose en effet que le gouverneur (le préfet) doit pourvoir à ce que le culte, dont il faut comprendre qu'il s'agit du culte catholique, « soit entouré de la dignité convenable », ce qui implique en particulier l'entretien du clergé. La rémunération publique ne concerne que les membres du clergé de Guyane qui ont été agréés comme ministres du culte par un arrêté du préfet de département. L'évêque de Cayenne est le chef du service du culte en Guyane. À ce titre, il propose la mutation et la radiation des membres du

72 - Autorités ecclésiastiques diocésaines.

73 - *Traité du droit français des religions*, Éditions du Jurisclasseur, 2003.



clergé⁷⁴. Une dotation inscrite au budget du département prévoit le financement des frais d'entretien des églises et des presbytères. L'ordonnance de 1828 ne concernant que le culte catholique, ce sont les décrets Mandel qui s'appliquent aux biens des autres confessions. Pour la même raison la création en 1970, par le culte protestant, d'un poste de pasteur n'a pu ouvrir droit pour son titulaire à une rémunération départementale. Un problème similaire s'est posé pour un imam.

À Mayotte, où la loi de 1905 ne s'applique pas, la quasi totalité de la population est de confession musulmane et il existe un statut de droit local. L'organisation du culte musulman ne reposait à l'origine sur aucun texte précis, mais simplement sur la coutume. Toutefois, les juridictions cadiales⁷⁵ sont régies par divers textes réglementaires.

Ce régime a été modifié notamment par les lois n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte et n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer. Désormais, tout conflit juridique entre une personne de statut civil de droit commun et une personne de statut civil de droit local relève des juridictions de droit commun et non plus de la justice cadiale ; lors d'un conflit entre plusieurs personnes de statut civil de droit local, des intéressés peuvent demander à ce que le conflit relève des juridictions de droit commun.

Les cadis doivent, pour être nommés, recevoir l'aval du représentant de l'État à Mayotte. Ils sont rémunérés sur fonds publics. Le culte musulman mahorais fait partie du Conseil français du culte musulman. La collectivité départementale de Mayotte subventionne, chaque année, deux associations qui organisent le pèlerinage à La Mecque.

S'agissant de la religion catholique, Mayotte fut d'abord sous le régime du Concordat et des articles organiques de 1802. Le décret du 11 mars 1913, en vertu de son article 5, n'applique pas le régime de la séparation issu de la loi de 1905 à l'île de Mayotte, alors que la séparation s'instaure à Madagascar et dans les îles voisines. Le premier décret Mandel du 16 janvier 1939 entre en application le 10 mars 1939 par arrêté du gouverneur général pour Madagascar et ses dépendances. Le chef de la mission catholique crée son conseil d'administration en juin 1940. L'agrément est donné par le gouverneur général. Pour le culte catholique, si le supérieur ecclésiastique de Mayotte doit être de nationalité française, il réside dans la République des Comores. Le modus vivendi de 1923-1924 conclu entre la France et le Saint-Siège n'a pas été étendu à Mayotte pour la désignation de son administrateur apostolique. Le Saint-Siège le nomme sans prénotification adressée au gouvernement français.

74 - CE, 9 octobre 1981, *M. Beherec*, rec. p. 358 : « *Considérant que le statut des Églises demeure régi dans ce département par les dispositions de l'ordonnance en date du 12 novembre 1828 relative au "gouvernement de la Guyane française" ; qu'en application des dispositions de cette ordonnance, les membres du clergé de la Guyane sont rétribués sur le budget départemental, après agrément de l'autorité préfectorale, sur demande de l'autorité religieuse, qui propose également leur mutation et leur radiation.* »

75 - La loi du 21 juillet 2003 a habilité le gouvernement agissant par voie d'ordonnance sur le fondement de l'article 38 de la Constitution à procéder à une réforme de la justice cadiale.



Dans les Terres australes et antarctiques françaises les décrets Mandel s'appliquent. Mais aucun conseil d'administration n'existe, faute d'un patrimoine ecclésiastique. Il existe une chapelle en Terre-Adélie et deux sur les îles Kerguelen, ainsi qu'un oratoire sur l'île Crozet. L'ordinariat aux Armées françaises est chargé d'affecter un prêtre. Ces lieux de culte sont implantés sur le domaine public.

La variété des régimes ainsi applicables outre-mer peut surprendre. Elle est une manifestation du principe de spécialité législative et porte la marque de l'autonomie normative dont disposait le pouvoir exécutif agissant sur le fondement du *senatus-consulte* du 3 mars 1854, en qualité de « législateur colonial ». Le particularisme s'explique aussi, outre le souci d'assurer un droit de regard suffisant de l'administration dans un but d'ordre public sur l'organisation des cultes dans ces territoires, par des raisons historiques et par la préoccupation de tenir compte des habitudes et spécificités locales ainsi que de l'action des missionnaires qui, au-delà d'une influence purement religieuse, exerçaient un rôle de structuration de la société, par leurs œuvres, leurs écoles, leurs hospices et leurs hôpitaux.

1.4. Les différents aspects de la laïcité

La richesse du concept de laïcité est source d'interprétations très diverses et parfois excessives. Pour les uns, la laïcité est synonyme d'éviction du religieux, et même plus largement du spirituel, et conduit à leur négation, sauf à laisser place à une religiosité de substitution, celle du groupe d'appartenance. D'autres concluent à l'existence, entre croyants et non croyants, d'un tronc commun de convictions humanistes auxquelles tous adhéreraient, ou devraient adhérer. D'autres encore font de la laïcité une sorte de corpus philosophique singulier, le cas échéant concurrent des corpus religieux ou d'autres corpus philosophiques. Enfin, pour ceux qui, comme Jaurès, voient seulement dans la laïcité la disqualification de « *l'infaillibilité d'Église ou d'État* », et la « *fin des réprouvés* », souscrire à celle-ci revient à admettre que l'homme peut appartenir à la société civile et adhérer à un monde religieux ou spirituel, sans qu'on puisse le contraindre à renier l'une ou l'autre de ses allégeances, ni lui imposer le respect de croyances qu'il ne partage pas, ou l'abjuration des croyances qui l'animent.

La laïcité française doit, à tout le moins, se décliner en trois principes : ceux de neutralité de l'État, de liberté religieuse et de respect du pluralisme.

1.4.1. Laïcité et neutralité

La loi Ferry du 28 mars 1882 sur la gratuité et l'obligation de l'enseignement, la loi Goblet du 30 octobre 1886 qui laïcise le personnel enseignant des écoles publiques de l'enseignement primaire sont regardées comme instituant la laïcité dans l'enseignement public. Avec la loi de 1905, sont consacrées d'une part la neutralité de l'État face aux religions, d'autre part la garantie par la loi de la liberté de conscience et d'opinion. Le principe de laïcité impose des obli-



gations au service public : la neutralité à l'égard de toutes les opinions ou croyances, corollaire de l'égalité de traitement de l'usager du service public. « *Cesserait d'être neutre voire impartial l'État qui pourrait laisser à penser aux usagers du service public qu'il établit des distinctions, voire des préférences, selon les opinions religieuses* »⁷⁶. L'exercice de la liberté de conscience trouve ses limites dans les nécessités du fonctionnement du service mais la jurisprudence s'oppose à une conception maximaliste de la neutralité. Ainsi que l'écrivait Jean Rivero « *la neutralité est la loi commune de tous les agents publics dans l'exécution de leur service ; tous sont tenus par la même obligation de principe ; si les modalités d'application sont nécessairement variables selon les fonctions qu'ils exercent, tous peuvent se prévaloir des mêmes droits lorsqu'il s'agit de tracer la limite de leur obligation* ». Le secteur de l'enseignement a fréquemment donné l'occasion au juge administratif de préciser les contours de cette obligation de neutralité.

Le principe d'égal accès à la fonction publique constitue une première illustration du principe de neutralité du service public.

La décision *Barel*⁷⁷ confirme avec force le principe d'égal accès à la fonction publique : le ministre, lorsqu'il arrête la liste des candidats admis à concourir, ne peut, sans violer ce principe, écarter un candidat en se fondant exclusivement sur ses opinions. En l'espèce, il s'agissait d'opinions politiques, mais le raisonnement serait le même si des opinions religieuses étaient en cause. Par le célèbre arrêt *Bouteyre* du 10 mai 1912, le Conseil d'État avait étendu au secondaire l'interdiction faite aux clercs, par l'article 17 de la loi du 30 octobre 1886, d'enseigner dans le primaire⁷⁸. Dans ses conclusions sur l'affaire *Bouteyre*, le commissaire du gouvernement Helbronner soulignait que « *l'on conçoit très bien qu'on puisse, selon les époques et les tendances, ne pas admettre que ceux qui exercent le pouvoir spirituel puissent solliciter de collaborer à l'exercice d'un pouvoir temporel... C'est une question d'appréciation qui peut ne pas être nécessairement résolue comme elle l'est actuellement... Le ministre n'a pas entendu dire qu'il y avait un obstacle légal empêchant les ecclésiastiques de se présenter aux concours de l'Université, ce qui serait un fait inexact. Mais il a entendu dire qu'à l'époque actuelle, dans les conditions et l'esprit de la législation générale, l'intérêt du service qu'il est chargé d'assurer ne lui paraît pas permettre l'admission des ecclésiastiques dans le personnel de l'enseignement secondaire public* ». Dans ces mêmes conclusions, était affirmée l'importance du respect du principe de neutralité dans l'enseignement public : « *C'est qu'en effet, l'enseignement de la jeunesse a, dans la société, une telle importance, la première empreinte laissée dans les esprits subsiste avec une telle force dans le reste de l'existence, que le jour où l'État devait assumer la charge de l'enseignement public, il ne pouvait que le donner impartial et indépendant de toute doctrine religieuse. Cette indépendance et cette impartialité devaient avoir pour corollaire obligatoire le respect des croyances et la liberté de conscience. L'enseignement public, par suite, devait être d'une neutralité absolue* ». Cette

76 - Matthias Guyomar et Pierre Collin, « *Chronique générale de jurisprudence administrative française* », *AJDA*, 20 juillet/20 août 2000.

77 - CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, rec. p. 308, concl. Letourneur.

78 - Dispositions toujours en vigueur.



jurisprudence a pu parfois être regardée comme nuancée par un avis du Conseil d'État du 21 septembre 1972, dont la portée reste toutefois à être confirmée ⁷⁹.

Si les opinions religieuses d'un agent public ou d'un candidat à la fonction publique ne sauraient être regardées comme incompatibles, en tant que telles, avec le devoir de stricte neutralité qui s'imposent à eux, la manifestation de ces opinions peut se heurter à ce principe. Encore faut-il distinguer les activités purement privées de celles qui peuvent interférer avec les fonctions exercées. Le Conseil d'État censure l'administration lorsqu'elle entend dénier d'une façon générale aux candidates ayant des croyances religieuses l'aptitude aux fonctions d'institutrice et instituer une incapacité de principe entièrement étrangère à la législation en vigueur ⁸⁰. De même, est illégal le licenciement d'une assistante sociale scolaire motivé uniquement par ses opinions religieuses ⁸¹, ou le refus de titulariser une institutrice stagiaire qui avait invité, par une lettre privée, une élève-maître d'une école normale d'instituteurs à assister pendant les vacances à des conférences dont certaines présentaient un caractère religieux ⁸². À propos de cette dernière affaire, Marcel Waline écrivait : « *L'arrêt du Conseil d'État marque donc la ferme volonté de la Haute Assemblée de ne pas tolérer qu'un état d'esprit antilibéral écarte des fonctions publiques les non-conformistes, sous prétexte de défense de la laïcité. Il marque la distinction entre la conduite de l'instituteur à l'école, avec ses élèves, qui doit être strictement conforme à la neutralité religieuse, et sa conduite privée, qui ne doit subir aucun contrôle attentatoire à la liberté de conscience* ⁸³ ».

C'est encore à propos de l'enseignement public que le Conseil d'État, saisi d'une demande d'avis par le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, a, plus récemment, eu l'occasion de préciser la portée du principe de neutralité du service public. Dans cet avis du 3 mai 2000, *D^{lle} Marteaux*, le Conseil fait valoir qu'il résulte des textes constitutionnels et législatifs que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci, affirmant ainsi le caractère indissociable de la liberté de conscience et du principe de neutralité, et confirmant que la position exprimée dans son avis du 21 septembre 1972 s'applique à l'ensemble des services publics. Le Conseil rappelle que les agents des services de l'enseignement public bénéficient comme tous les autres agents publics de la liberté de conscience qui interdit toute discrimina-

79 - Avis n° 309.354. Aux termes de cet avis, intégralement publié en annexe, « si les dispositions constitutionnelles qui ont établi la laïcité de l'État et celle de l'enseignement imposent la neutralité de l'ensemble des services publics et en particulier la neutralité du service de l'enseignement à l'égard de toutes les religions, elles ne mettent pas obstacle par elles-mêmes à ce que des fonctions de ces services soient confiées à des membres du clergé ; que, par suite, et en admettant même que sa qualité, s'il l'avait acquise avant sa nomination, eût pu permettre de lui refuser l'accès à certaines fonctions d'enseignement, un professeur titulaire de l'enseignement du second degré ne peut légalement être écarté de ses fonctions par le motif qu'il aurait embrassé l'état ecclésiastique ».

80 - CE, 3 mai 1950, *Dlle Jamet*, rec. p. 247 ; 25 juillet 1939, *Dlle Beis*, rec. p. 524.

81 - CE, 8 décembre 1948, *Dlle Pasteau*.

82 - CE, 28 avril 1938, *Dlle Weiss*, rec. p. 379, concl. Dayras, DP 1939, p. 41.

83 - M. Waline, DP 1939, III, 41.



tion fondée sur la religion dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière. Il considère que le principe de laïcité fait obstacle à ce que ces agents disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses, ceci sans qu'il y ait lieu de distinguer entre eux selon qu'ils exercent ou non des fonctions d'enseignement.

Interrogé en outre sur le fait de savoir s'il convenait dans certains cas d'opérer une distinction entre les signes religieux selon leur nature ou le degré de leur caractère ostentatoire, le Conseil d'État considère que le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions des croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations. Il énonce ainsi une règle stricte et claire : le port d'un signe d'appartenance à une religion par un agent « *dans l'exercice de ses fonctions* » est un manquement à ses obligations. Seul tempérament apporté à cette règle stricte, la sanction de ce manquement, notamment sur le plan disciplinaire, devra être appréciée par l'administration sous le contrôle du juge, compte tenu de la nature ou du caractère ostentatoire du signe, et des autres circonstances dans lesquelles le manquement est constaté.

Le Conseil constitutionnel, pour sa part, qualifie de « *principes fondamentaux du service public* » le principe d'égalité et son corollaire, le principe de neutralité du service⁸⁴. La neutralité des services fait partie des principes constitutionnels régissant le service public⁸⁵.

Dans une récente affaire, le Conseil d'État a de nouveau eu l'occasion d'exercer son rôle de garant de la neutralité du service public. Il a ainsi estimé que le fait, pour un agent, d'utiliser les moyens de communication du service au profit de l'Association pour l'unification du christianisme mondial en utilisant en outre la messagerie d'un autre agent à son insu et le fait d'apparaître, sur le site de cette association destiné à la consultation du public, en qualité de membre de celle-ci, avec la précision de l'adresse électronique dont il disposait à l'École nationale supérieure des arts et métiers (ENSAM), constituaient un manquement au principe de laïcité et à l'obligation de neutralité⁸⁶.

Le tribunal administratif de Lyon, par une décision du 8 juillet 2003⁸⁷, a jugé que le port du voile pour une fonctionnaire contrôleur du travail dans l'exercice de ses fonctions, était contraire au principe de laïcité de l'État. La cour administrative d'appel de Lyon, saisie de cette même affaire, a également estimé, en se fondant sur le principe de laïcité de la République, que le fait pour un agent public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son

84 - Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986.

85 - Décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996.

86 - CE, 15 octobre 2003, *M. Odent*.

87 - TA de Lyon, 8 juillet 2003, *Melle Nadjat Ben Abdallah*.



appartenance à une religion, constituait un manquement à ses obligations professionnelles et donc une faute ⁸⁸.

La portée du principe de neutralité à l'égard des usagers est différente, comme on le verra plus loin. Dans ses conclusions sur l'affaire *Dlle Marteaux*, le commissaire du gouvernement R. Schwartz soulignait : « *L'agent doit veiller à la stricte neutralité du service pour permettre le plein respect des convictions des usagers. Si les seconds ont droit en conséquence d'exprimer leurs convictions religieuses, dans les limites inhérentes au bon fonctionnement du service public, l'agent ne doit pas, par son comportement, autoriser un quelconque doute sur la neutralité du service* ». C'est cette distinction qui justifie notamment la position exprimée par le Conseil d'État dans son avis du 27 novembre 1989.

Autre application concrète de la neutralité que doit observer l'État, aux termes de l'article 28 de la loi de 1905, l'apposition de signes ou emblèmes religieux sur les monuments publics est interdite ⁸⁹.

1.4.2. Laïcité et liberté religieuse

Conséquence logique de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui consacre la liberté d'opinion, *même* religieuse et des deux premiers articles de la loi de 1905, la laïcité ne se résume pas à la neutralité de l'État, ni à la tolérance. Elle ne peut ignorer le fait religieux et implique l'égalité entre tous les cultes. Indissociable de la liberté de conscience et de la liberté religieuse, la laïcité doit permettre la diversité religieuse de la société, ce qui inclut la possibilité pour les différentes sensibilités religieuses de cohabiter dans l'espace public, pour autant que ne se posent pas de problèmes d'ordre public. La loi de 1905 a supprimé le service public des cultes, mais la religion n'est pas une affaire purement privée : l'exercice du culte peut être public et les manifestations religieuses en dehors des lieux de culte peuvent intervenir, sous réserve de l'ordre public. La liberté religieuse suppose la liberté pour chacun d'exprimer sa religion, celle de la pratiquer et celle de l'abandonner.

L'article 10 est le seul de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à faire mention de l'ordre public. Le Conseil d'État, lorsqu'il se prononce sur le libre exercice des cultes et la police des cultes, se conforme au régime général des libertés publiques.

La liberté de religion est un des éléments de la liberté de conscience, principe fondamental reconnu par les lois de la République selon le Conseil constitutionnel ⁹⁰. De façon générale, dans la ligne de la jurisprudence *Benjamin* ⁹¹, le juge administratif s'efforce de concilier les nécessités de l'ordre public et l'exercice des libertés fondamentales, seules des circonstances exceptionnellement

88 - CAA de Lyon, 27 novembre 2003. Cet arrêt fait l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'État.

89 - TA de Besançon, 20 décembre 2001, *M. Guillemot c/ville de Besançon*.

90 - Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, rec. p. 42.

91 - CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, rec p. 541.



graves permettant de restreindre l'exercice de ces libertés. Le juge qui exerce un contrôle très étroit, s'attache à vérifier que les mesures prises sont proportionnées à l'objectif à atteindre, qui est la sauvegarde de l'ordre public. La jurisprudence relative à la police des cultes, et notamment celle sur les manifestations religieuses sur la voie publique, qui cherche à concilier liberté religieuse et exigences de l'ordre public, s'inscrit dans ce cadre. Dès 1905, la décision *Abbé Olivier*⁹² faisait valoir que « *Si le maire est chargé par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois ; qu'il appartient au Conseil d'État, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté rendu par application de l'article 97 précité, non seulement de rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas, dans l'espèce, fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi ;... qu'il résulte de l'instruction que, dans la ville de Sens, aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué par le maire pour lui permettre de régler, dans les conditions fixées par son arrêté, les convois funèbres, et notamment d'interdire aux membres du clergé, revêtus de leurs habits sacerdotaux, d'accompagner à pied ces convois conformément à la tradition locale* ».

1.4.3. Laïcité et pluralisme

Si l'État ne reconnaît aucune religion, il ne doit en méconnaître aucune, et il reconnaît le fait religieux. Avec la loi de 1905, le principe est désormais celui de l'absence de distinction entre les anciens cultes reconnus et les autres. L'État, garant de la liberté religieuse, doit à ce titre protéger les cultes minoritaires contre les discriminations. Parmi les acquis de la laïcité, figurent l'affirmation que toutes les religions ont droit à l'expression et, contrepartie de la précédente, celle qu'il ne doit pas y avoir, par une ou plusieurs d'entre elles, accaparement de l'État ou négation des principes fondamentaux sur lesquels il repose.

Pour Jean Carbone⁹³ « *Notre droit public des cultes, dans la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, ne distingue pas entre les religions suivant leur importance, leur ancienneté, leur contenu de dogmes ou d'observances. Pas davantage notre droit privé du fait religieux n'a à distinguer entre elles : il doit enregistrer la présence d'une religion dès qu'il constate qu'à l'élément subjectif qu'est la foi se réunit l'élément objectif d'une communauté, si petite soit-elle. Formuler des distinctions reviendrait à instaurer parmi nous – quoique avec d'autres conséquences – la hiérarchie du XIX^e siècle entre cultes reconnus et non reconnus... Cette égalité d'honneurs, toutefois, doit avoir sa contrepartie dans une égale soumission au droit commun* ».

92 - CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, rec p. 181.

93 - Jean Carbone, note sous CA de Nîmes, 10 juin 1967, Dalloz Sirey, 1969, p. 366.



Jean Rivero insistait sur le double aspect du principe de laïcité : un aspect négatif, car si, « *en affirmant que la République ne reconnaît aucun culte, la loi n'a pas entendu dire que la République se refusait à en connaître l'existence* » mais « *fait disparaître la catégorie juridique des cultes reconnus... l'État laïque est celui qui se situe en dehors de toute obédience religieuse* » ; un aspect positif, car « *laïque, l'État assure (la liberté de conscience), c'est-à-dire la liberté personnelle de croire ou de ne pas croire* » et « *se reconnaît l'obligation de rendre possible l'exercice des cultes* »⁹⁴.

Outre la loi de 1905, l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 impliquent le respect de la liberté de conscience. « *Neutre et laïc, (l'État) ne saurait pratiquer la moindre discrimination à l'égard de tel ou tel mouvement religieux ni favoriser telle ou telle propagande qui pourrait nuire à l'un d'eux dans la mesure, bien entendu, où chacun respecte, dans sa manifestation sociale, les prescriptions étatiques de l'ordre public* »⁹⁵.

Là encore, le rôle de la jurisprudence est essentiel, afin de censurer toute attitude discriminatoire fondée sur les croyances auxquelles un individu adhère ou est supposé adhérer. Il revient tant aux juridictions administratives, comme le montre la jurisprudence évoquée ci-dessus, qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire, d'y veiller.

94 - Jean Rivero, *Les libertés publiques*, t. II, PUF, 2003, p. 156 et s.

95 - Jacques Robert, *Constitution et religions minoritaires*.



Deuxième partie

La laïcité en pratique

La loi de 1905 n'a pas, à court terme, pacifié les esprits. Le problème des transferts de biens mobiliers et immobiliers des établissements ecclésiastiques publics, celui des associations culturelles privées, furent, avec la crise des inventaires, la pierre de touche de sa mise en application.

À la période conflictuelle de la III^e République, jusqu'à la première guerre mondiale, période pour laquelle on a pu parler de « *laïcité de combat* », succéda une laïcité plus apaisée et largement acceptée, grâce au souci de désescalade manifesté par les gouvernants dès le lendemain de la promulgation de la loi de 1905, à l'évolution de l'opinion catholique elle-même, ainsi qu'à l'interprétation libérale des textes par les tribunaux.

L'évolution de la société française vers une sécularisation croissante et vers le pluralisme culturel et religieux y a également contribué. Cette évolution n'a cependant pas exclu les antagonismes. La question scolaire fut souvent le révélateur des tensions. Aujourd'hui, avec la visibilité accrue d'anciens cultes autrefois plus discrets ou de « nouveaux cultes », ce « *n'est plus seulement le vieux couple Église catholique/laïques qui s'affronte encore autour de la laïcité de la République* »⁹⁶.

2.1. L'exercice des cultes : de l'affrontement au compromis

2.1.1. Les associations culturelles et les associations diocésaines

Aux termes du titre IV de la loi de 1905 consacré aux associations pour l'exercice des cultes, celles-ci ont pour objet de subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte, à la place des établissements publics du culte, appelés à disparaître dès lors que les cultes n'étaient plus des services publics. La plupart des dispositions édictées en 1905 restent applicables, peu de modifications ayant été apportées au texte d'origine.

96 - Jean-Paul Costa, *La conception française de la laïcité*, 1994.



Associations déclarées conformément aux dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 en dehors de tout contrôle a priori par l'autorité administrative, elles sont en outre, comme on l'a vu, soumises à des conditions particulières d'objet, de forme et de ressources.

2.1.1.1. Le conflit et l'apaisement

Si les cultes protestants et israélite acceptèrent ce régime juridique et constituèrent des associations cultuelles, la religion catholique s'y opposa, considérant que ce statut ignorait l'existence de la hiérarchie de l'Église et pouvait se traduire par une subordination du prêtre aux associations. L'encyclique pontificale du 11 février 1906, « Vehementer nos » condamne le principe de la séparation. L'encyclique « Gravissimo » du 10 août 1906 interdit les associations cultuelles : « *La loi restant telle quelle, nous déclarons qu'il n'est point permis d'essayer cet autre genre d'association tant qu'il ne constatera pas d'une façon certaine et légale que la divine constitution de l'Église, les droits immuables du Pontife romain et des évêques, comme leur autorité sur les biens nécessaires à l'Église, particulièrement sur les édifices sacrés, seront irrévocablement, dans lesdites associations, en pleine sécurité* ».

Devant cette crise, les pouvoirs publics s'efforcent d'éviter l'escalade afin de sortir de l'impasse. Le Conseil d'État est consulté sur la question de savoir si des réunions cultuelles publiques organisées sur des initiatives individuelles, en dehors de toute espèce d'association, même de fait, peuvent se tenir dans les conditions prévues par la loi du 30 juin 1881 sur le droit de réunion. Par un avis des 25 et 31 octobre 1906⁹⁷, le Conseil répond par l'affirmative. Il fait valoir que l'article 25 de la loi de 1905, en accordant un régime de faveur, par la dispense de certaines formalités prescrites par la loi du 30 juin 1881, aux réunions pour la célébration d'un culte tenues dans les locaux appartenant à une association cultuelle ou mis à sa disposition, implique nécessairement que les autres réunions publiques cultuelles sont placées sous le régime du droit commun établi par ladite loi. Il ajoute que la volonté du législateur d'assimiler toute réunion pour la célébration d'un culte aux réunions régies par la loi du 30 juin 1881 ressort d'ailleurs avec évidence des travaux préparatoires de la loi du 9 décembre 1905.

Dès lors, il considère que la loi du 9 décembre 1905 ne met aucun obstacle à ce que des individus agissant en dehors de toute espèce d'association organisent des réunions publiques cultuelles dans les conditions du droit commun.

La loi du 2 janvier 1907 consacre un assouplissement : indépendamment des associations cultuelles, l'exercice public d'un culte pourra être assuré tant au moyen d'associations régies par la loi de 1901 que par voie de réunions publiques. À défaut d'associations cultuelles, les édifices affectés à l'exercice du culte seront « *laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte* ». Les assemblées de fidèles pourront se réunir sous réserve d'une déclaration pour l'ensemble des réunions permanentes, périodiques ou accidentelles qui auront lieu dans l'année⁹⁸. Pour assurer la continuation de l'exercice public du

97 - Reproduit en annexe.

98 - Cf. renvoi par l'article 4 de la loi du 2 janvier 1907 à l'article 25 de la loi de 1905.



culte, la jouissance gratuite des édifices pourra être accordée soit à des associations cultuelles, soit à des associations classiques régies par la loi de 1901, soit à des ministres du culte. Mais une nouvelle lettre encyclique du 6 janvier 1907 condamne à nouveau les associations cultuelles et la loi du 2 janvier 1907. La déclaration annuelle pour l'exercice du culte n'est pas effectuée⁹⁹. Nouveau signe d'apaisement, la loi du 28 mars 1907 relative aux réunions publiques supprime la déclaration préalable : « *les réunions publiques, quel qu'en soit l'objet, pourront être tenues sans déclaration préalable* ». Enfin, la loi du 13 avril 1908 complète la loi de 1907 en prévoyant que les édifices affectés au culte lors de la promulgation de la loi de 1905 et dont la jouissance n'a pas été réclamée par une association constituée conformément aux dispositions de la loi de 1905 dans le délai d'un an à compter de sa promulgation « *deviendront la propriété des communes* »¹⁰⁰.

Dans les années qui ont suivi le **Conseil d'État a continué de jouer un rôle pacificateur** en reconnaissant la nécessité pour les associations cultuelles de respecter la hiérarchie de l'Église catholique.

C'est ainsi que le Conseil a veillé à ce que l'attribution des biens de l'Église catholique ne se fasse pas au profit d'associations cultuelles qui ne se conformaient pas aux règles d'organisation générale du culte catholique¹⁰¹ ou à des associations cultuelles catholiques ne remplissant plus leur objet dès lors qu'elles faisaient appel à des prêtres privés du titre curial¹⁰² par l'autorité diocésaine¹⁰³. Il a été jugé qu'une association qui n'entend pas se conformer aux règles générales d'organisation du culte luthérien en France n'a pas qualité pour réclamer l'attribution de biens qui appartenaient à un consistoire sous l'empire de la législation antérieure à la loi de 1905¹⁰⁴. De même, la délibération par laquelle un conseil municipal attribue la jouissance de l'église paroissiale à un prêtre frappé d'interdiction par l'évêque est contraire à l'article 5 de la loi de 1907 et doit par suite être annulée¹⁰⁵. Le desservant légitime de la paroisse est le curé nommé par l'évêque et resté en relations régulières avec lui¹⁰⁶. La jurisprudence a également fait preuve de souplesse s'agissant de l'intérêt à agir des fidèles et des prêtres¹⁰⁷ ou des délais pour l'action relative à l'attribution des biens des anciens établissements, en admettant une action perpétuelle¹⁰⁸.

La politique d'apaisement va permettre le rétablissement des relations diplomatiques avec le Saint-Siège en 1920. Les négociations entreprises avec le Saint-Siège, dans lesquelles les positions du Conseil d'État et de la Cour de

99 - Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 2002, p. 648.

100 - J.-M. Mayeur, « La crise de la séparation », *La Revue administrative*, 1999.

101 - CE, 28 juillet 1911, *Rougegré et autres*.

102 - Qui permet d'assurer la direction spirituelle et l'administration d'une paroisse.

103 - CE, 14 février 1913, *Abbé Guilton et autres* ; CE, 5 décembre 1913, *Abbé Langlois et autres*.

104 - CE, Ass. *Cultuelle de Nice pour l'exercice du culte de l'Église luthérienne en langue allemande*, 9 décembre 1910 ; CE, Ass. *Protestante de l'Église évangélique allemande de Lyon*, 9 décembre 1910.

105 - CE, 23 janvier 1920, *Abbé Barraud et autres*.

106 - CE, 17 mars 1911, *Abbé Hardel*, rec. p. 350.

107 - CE, 28 juillet 1911, *Rougegré et autres* ; CE, 8 février 1908, *Abbé Deliard*, rec. p. 134 ; CE, 23 janvier 1920, *Abbé Barraud et autres*.

108 - CE, 14 février 1913, *Abbé Guilton et autres*.



cassation sur la situation des ministres du culte et les associations cultuelles à l'égard de leur hiérarchie ont joué un rôle important, aboutissent après diverses péripéties aux accords Poincaré-Briand-Cerretti de 1924.

En avril 1920, le chargé d'affaires français est autorisé à « *informer officiellement le cardinal Secrétaire d'État que la jurisprudence par laquelle le Conseil d'État et la Cour de cassation ont maintes fois reconnu la nécessité pour les cultuelles d'accepter la hiérarchie de l'Église catholique est conforme aux vues du gouvernement français* ». Le projet de statut des associations diocésaines, élaboré en concertation avec le Saint-Siège et l'Épiscopat français et qui participe de la mise en place d'un statut légal pour l'Église catholique en France, est soumis par le Président du Conseil à trois jurisconsultes¹⁰⁹, qui le déclarent conforme aux lois de 1905 et 1907 et au droit canonique par un avis du 7 avril 1923. Ces derniers sont appelés à formuler le 8 décembre de la même année un second avis confirmant le premier, à la suite de réactions d'évêques opposés aux diocésaines et en particulier de l'archevêque de Bordeaux.

À la thèse du cardinal Andrieu suivant laquelle l'article 4 de la loi de 1905, aux termes duquel une association cultuelle doit se conformer « *aux règles d'organisation générale du culte dont elle se propose d'assurer l'exercice* », serait exclusivement applicable dans l'hypothèse d'une association cultuelle demandant la dévolution de biens antérieurement possédés par un établissement public du culte, les trois jurisconsultes répondent : « *S'agissant du culte catholique, c'est pour une association cultuelle une condition primordiale de capacité d'être catholique, sans qu'aucune circonstance ne puisse prévaloir là contre ; si l'article 8 n'exprime pas l'idée, c'est parce qu'il la considère comme évidente et la sous-tend. Cette manière de voir a été consacrée par la Cour de cassation et par le Conseil d'État, dans une longue série d'arrêts concernant des hypothèses où la dévolution des biens des établissements du culte n'était pas en cause. Les hautes juridictions admettent donc que le principe dont l'article 4 fait l'application à une hypothèse particulière est un principe général dominant toute la législation des cultes. La jurisprudence est constante, la solution est certaine ; on peut presque dire qu'elle est la loi qui confie aux tribunaux la mission de donner l'interprétation des lois* ». Au même cardinal qui craignait que les associations ne soient légales qu'à condition d'être indépendantes de l'évêque et du pape, les jurisconsultes répondent que rien n'est plus inexact, le contrat d'association étant soumis, comme tout contrat, au principe posé par l'article 1134 du Code civil aux termes duquel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites* » et les pouvoirs de l'assemblée générale de l'association étant en conséquence ceux qui lui sont attribués par les statuts. Or l'association est constituée sous l'autorité de l'évêque, ses membres sont agréés par lui et « *reçoivent ainsi de lui-même le pouvoir de remplir les attributions que la loi leur confère* ».

109 - H. Hebrard de Villeneuve, membre de l'Institut, président honoraire du Conseil d'État, H. Berthélemy, membre de l'Institut, Doyen de la Faculté de droit de Paris, R. Beudant, correspondant de l'Institut, Doyen de la Faculté de droit de Strasbourg.



L'avis du Conseil d'État est également requis. Le 13 décembre 1923 l'Assemblée générale se prononce favorablement. Quelles que soient les circonstances de leur formation, les associations se proposant d'assumer l'exercice d'un culte doivent, non seulement observer les prescriptions de la législation relative aux associations en général, et avoir pour objet exclusif de subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public de ce culte, mais aussi se conformer aux règles d'organisation générale de celui-ci. Le vice-président du Conseil d'État eut encore à prendre position à deux reprises, le 17 et le 26 décembre, le pape Pie XI voulant des assurances sur le rôle des associations diocésaines et la législation qui leur était applicable.

Le 11 janvier 1924, une lettre du Président du Conseil confirme au nonce le caractère officiel des lettres des 13 mai, 14, 17 et 27 décembre 1923 transmettant l'avis du Conseil d'État, les deux lettres du vice-président du Conseil d'État et la consultation des trois jurisconsultes. Le 17 janvier, le nonce répond à cette communication en annonçant une prochaine déclaration du pape. Par l'encyclique « *Maximam gravissimamque* » le pape autorise la formation des diocésaines.

À chaque diocèse correspond une association diocésaine. Les statuts types qui régissent les diocésaines les rapprochent des associations culturelles mais leur action est limitée aux frais et à l'entretien du culte, elles agissent sous l'autorité de l'évêque et « *toute immixtion dans l'organisation du service divin, dans l'administration spirituelle du diocèse, en particulier dans les nominations et déplacements des membres du clergé, ainsi que dans la direction, l'enseignement et l'administration spirituelle des séminaires* » leur est interdite. Ainsi, par la possibilité d'organiser des associations culturelles catholiques répondant à ces critères spécifiques, il était mis fin à la querelle sur les associations culturelles et le culte catholique a « *retrouvé la base juridique que les associations culturelles assurent aux cultes protestants et israélite* »¹¹⁰.

2.1.1.2. La pratique

Le régime des associations culturelles se caractérise par la recherche de l'équilibre entre le pouvoir de contrôle de l'administration et le principe de neutralité religieuse de l'État.

Soumises à de strictes limites pour ce qui concerne leurs compétences, les associations culturelles bénéficient d'avantages. Mais la déclaration dont elles doivent faire l'objet ne leur confère pas en tant que telle le caractère d'association culturelle. C'est à l'occasion de l'octroi ou de la contestation des droits auxquels elles peuvent prétendre pour le transfert des biens mobiliers et immobiliers des anciens établissements publics du culte, de la perception de libéralités et du bénéfice d'exonérations fiscales ou de la mise en cause de subventions qui leur aurait été illégalement versées, que le caractère d'association culturelle leur est expressément reconnu. Les associations culturelles peuvent en particulier, en application de l'article 19 de la loi de 1905 modifiée, être autorisées par le préfet à percevoir des libéralités à condition que celles-ci soient destinées à leur

110 - Jean Rivero, *Les libertés publiques*, tome II, PUF, 2003, p. 165.



objet ou grevées de charges pieuses ou cultuelles. En cas de refus du préfet, l'association cultuelle peut former un recours administratif. Il est statué sur ce recours par un décret en Conseil d'État ¹¹¹.

Tant les autorités administratives que la jurisprudence sont donc appelées à se prononcer sur le caractère cultuel ou non des associations qui revendiquent ce caractère. Car si la République ne reconnaît aucun culte, la garantie de leur libre exercice suppose que l'on soit à même de les identifier afin de leur permettre de bénéficier des avantages qui leur sont réservés et de leur imposer les contraintes qu'exige l'ordre public.

La question s'est en outre posée de savoir si les associations cultuelles ne peuvent avoir que des activités cultuelles à l'exception de toute autre, par exemple de caractère social ou culturel. La Section de l'intérieur du Conseil d'État, dans un avis du 14 novembre 1989 portant sur le régime des associations cultuelles, après avoir rappelé qu'« *aucun groupement, quel que soit son objet, ne dispose du droit de choisir arbitrairement le régime juridique qui lui est applicable, alors même que le statut dont il revendique l'application relève d'une simple déclaration à l'autorité administrative* », a considéré que, dans le cas où un groupement religieux constitué sous forme d'association revendique le statut d'association cultuelle, il doit, conformément à l'article 19 de la loi de 1905, mener des activités ayant « *exclusivement pour objet l'exercice d'un culte* », telles l'acquisition, la location, la construction, l'aménagement et l'entretien des édifices servant au culte ainsi que l'entretien et la formation des ministres et autres personnes concourant à l'exercice du culte. Cet avis s'inscrivait dans la ligne de la jurisprudence contentieuse qui l'avait précédé ¹¹². Le Conseil, l'article 8 de la loi de 1905 lui demandant d'ailleurs de se prononcer « *en tenant compte de toutes les circonstances de fait* », avait déjà eu l'occasion au contentieux d'apprécier le caractère cultuel d'associations à propos de l'attribution des biens des anciens établissements publics ¹¹³, de vérifier qu'une association qui se déclarait cultuelle se conformait aux règles d'organisation générale du culte dont elle se prévalait, ou remplissait son objet ¹¹⁴, ou encore de dénier le caractère d'association cultuelle à des associations n'ayant pas exclusivement pour objet l'exercice d'un culte, ainsi dans le cas d'une association qui, en admettant qu'elle ait aussi pour objet l'exercice d'un culte, se consacre à l'édition et à la diffusion de publications doctrinales ¹¹⁵ ou à un objet culturel et éducatif ¹¹⁶. La Cour de cassation, pour sa part, dans un arrêt du

111 - CE, 15 mai 1996, *Association Notre-Dame de l'Espérance*, rec. p. 184.

112 - Jean-Paul Costa, Commentaire de l'avis du 14 novembre 1989. *Les grands avis du Conseil d'État*, Y. Gaudemet, B. Stirn, T. Dal Farra et F. Rolin, Dalloz 2002.

113 - CE, 16 février 1923, *Ass. Presbytérale de l'Église réformée de l'Annonciation c/Ass. Presbytérale de l'Église réformée de Passy*, rec. p. 163.

114 - CE, 14 février 1913, *Abbé Guittou*, rec. p. 204 ; CE, 17 juin 1988, *Union des Athées*, rec. p. 247.

115 - CE, 21 janvier 1983, *Ass. Fraternité des serviteurs du monde nouveau*, rec. p. 98 ; CE, Ass., 1^{er} février 1985, *Association chrétienne « Les témoins de Jéhovah de France »*, Rec. p. 22, RDP 1985, p. 483 concl. F. Delon.

116 - Cf., par exemple, une décision postérieure à l'avis de 1989, CE, 29 octobre 1990, *Ass. Cultuelle de l'Église apostolique arménienne de Paris*, rec. p. 297.



1^{er} juillet 1968 ¹¹⁷, a considéré qu'une association qui a pour objet, à titre principal, l'assistance morale et matérielle des vieillards et des indigents, et pour objet secondaire l'exercice du culte orthodoxe, relève de la seule loi de 1901 et n'a donc pas à faire approuver ses statuts par l'archevêque de l'Église orthodoxe. Selon un commentaire de l'avis de la Section de l'intérieur du Conseil d'État : « *Ces solutions – et plus encore celle du Conseil d'État que celle de la Cour de cassation qui recèle un possible a contrario (quid si le principal devient secondaire ?) – paraissent commandées par les textes. En effet, l'article 18 de la loi du 9 décembre 1905 définit les associations dites culturelles comme "formées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte", et l'article 19 précise qu'elles devront avoir "exclusivement pour objet l'exercice d'un culte". Il est donc logique que l'avis du 14 novembre 1989 ait confirmé cette interprétation jurisprudentielle d'un texte peu ambigu et ait simplement donné des exemples de cet objet exclusivement cultuel* ». ¹¹⁸

Dans un avis du 24 octobre 1997 ¹¹⁹, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État estime qu'« *il résulte des dispositions des articles 18 et 19 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État que les associations revendiquant le statut d'association culturelle doivent avoir exclusivement pour objet l'exercice d'un culte, c'est-à-dire, au sens de ces dispositions, la célébration de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement, par des personnes réunies par une même croyance religieuse, de certains rites ou de certaines pratiques. En outre, ces associations ne peuvent mener que des activités en relation avec cet objet telles que l'acquisition, la location, la construction, l'aménagement et l'entretien des édifices servant au culte ainsi que l'entretien et la formation des ministres et autres personnes concourant à l'exercice du culte* ». Dans cet avis, le Conseil d'État, fixant les critères qui permettent de caractériser légalement une association culturelle, reprend ceux qui figuraient dans son avis du 14 novembre 1989 : constatation de l'existence d'un culte, condition que l'exercice de ce culte soit l'objet exclusif de l'association. Il mentionne une troisième condition : « *le fait que certaines des activités de l'association pourraient porter atteinte à l'ordre public s'oppose à ce que ladite association bénéficie du statut d'association culturelle* », condition qui n'est pas d'un maniement aisé et pose notamment la difficile question de la frontière entre culte et dérive sectaire. L'avis précise en outre que la poursuite par une association d'activités autres que l'exercice d'un culte est de nature à l'exclure du bénéfice du statut d'association culturelle, « *sauf si ces activités se rattachent directement à l'exercice du culte et présentent un caractère strictement accessoire* ».

Le principe de **l'interdiction de subventions publiques** aux cultes s'accompagne de mesures diverses qui en tempèrent la sévérité.

En vertu de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905, les associations culturelles ne peuvent recevoir aucune subvention publique, directe ou indirecte. Ceci est

117 - Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1968 *Georges c/Ass. Orthodoxe russe Sainte Anastasie*, Bull. civ. I, n° 189.

118 - J.-P. Costa, op. cité.

119 - CE, Ass., avis du 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des Témoins de Jéhovah de Riom*.



cohérent avec la philosophie même de la loi de séparation : toute subvention publique pourrait en effet être regardée comme la reconnaissance officielle d'un culte, ce que précisément la loi exclut.

Avec la séparation des Églises et de l'État, le budget de ce dernier ne comprend plus de crédits affectés aux cultes, à l'exception des aumôneries et des dépenses liées aux régimes particuliers d'Alsace-Moselle et d'Outre-mer. L'interdiction concerne toutes les collectivités publiques : « *seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes* » (art. 2 de la loi de 1905). La jurisprudence administrative a eu l'occasion à diverses reprises de préciser, dans des cas d'espèce, la portée de l'interdiction de subvention. Une subvention publique est illégale même si l'association ayant des activités culturelles a également des activités sociales ou culturelles¹²⁰. Ont été jugées illégales la décision d'un conseil municipal accordant une subvention à la direction diocésaine de l'enseignement¹²¹, la délibération du conseil municipal de Reims décidant de financer des installations nécessaires à la célébration de la messe célébrée par le pape¹²², une subvention décidée par un conseil municipal en faveur d'un élève pour ses études au grand séminaire d'Angers¹²³, la décision par laquelle la commission permanente de la Région des Pays de la Loire a versé une subvention à la Ville de Nantes pour financer une visite pontificale¹²⁴.

Mais ces interdictions comportent des limites. Certaines mesures en compensent la sévérité. Tel est le cas, comme on le verra plus loin, pour des charges grevant la construction ou l'entretien des édifices culturels. Ainsi en est-il de la possibilité pour l'État, les départements et les communes d'accorder une garantie d'emprunt pour la construction d'édifices religieux, de l'exonération de la taxe d'habitation applicable à ces édifices, de l'exonération de la taxe foncière sur les propriétés bâties pour les édifices affectés au culte s'ils appartiennent à une personne publique ou à une association culturelle¹²⁵, de la possibilité de mettre un terrain à la disposition d'une association, par bail emphytéotique, pour la construction d'un édifice culturel, de la possibilité pour une association culturelle de recevoir des collectivités publiques des fonds destinés à la réparation des édifices qui appartiennent à ces dernières.

L'interdiction des subventions ne s'étend pas aux activités sociales d'intérêt général comme les œuvres sociales d'initiative confessionnelle, hôpitaux, hospices, ou des activités culturelles ou éducatives.

Si l'article 2 de la loi de 1905 interdit l'inscription de crédits destinés à subventionner à titre permanent et régulier le service des cultes, il ne fait pas obstacle à ce que des activités culturelles exercées de façon ponctuelle et à la

120 - CE, Sect., octobre 1992, *Commune de Saint-Louis c/Association « Siva Soupramanien de Saint-Louis »*, rec. p. 358.

121 - CE, 24 avril 1992, *Tusques et Marcaillou*.

122 - TA Châlons en Champagne, 18 juin 1996, *Ass. « Agir » et Côme c/Ville de Reims*.

123 - CE, 13 mars 1953, *Ville de Saumur*.

124 - TA Nantes, 16 décembre 1997, *M^{me} Galesne et M. Manceau*.

125 - Les édifices culturels appartenant à une congrégation, en revanche, sont soumis à la taxe foncière.



demande d'une personne publique donnent lieu à rémunération correspondant au service rendu. Tel est le cas par exemple pour le paiement des services religieux lors d'une cérémonie religieuse organisée par la municipalité lors de l'inhumation des corps des soldats ramenés du front ¹²⁶.

De même, les ministres du culte peuvent accéder à des emplois publics et assurent souvent, dans les petites communes, les fonctions de secrétaire de mairie ou de gardien de l'église ¹²⁷, mais la rémunération versée doit correspondre au service effectué et toute rétribution allant au-delà constituerait une subvention illégale ¹²⁸. Ainsi, le salaire pour le gardiennage des églises et leur mobilier doit être regardé comme une dépense relative à des objets qui sont la propriété des communes, tenues seulement de les laisser à la disposition des fidèles, et non de dépenses relatives à l'exercice du culte ¹²⁹. Est en revanche illégale une délibération par laquelle le conseil municipal inscrit au budget d'une commune un crédit en faveur du desservant à titre d'abonnement au casuel ^{130, 131}.

Le Conseil d'État considère par ailleurs que ni le principe de laïcité, ni celui de neutralité du service public, ne s'opposent à l'intervention, exclusive de tout prosélytisme, dans les prisons, de « surveillants congréganistes » qui apportent leur concours au fonctionnement des établissements pénitentiaires pour l'exercice de tâches relevant non de la surveillance des détenus mais de fonctions complémentaires de soutien ¹³².

Enfin, les dépenses relatives aux aumôneries peuvent être inscrites aux budgets publics.

2.1.2. Les congrégations

2.1.2.1. Un régime juridique régalien mis en œuvre de façon libérale

Au sens premier, le terme « congrégation » (1622, du latin *congregatio*, de *grex*, « troupeau ») désigne une compagnie de prêtres, de religieux ou de religieuses et, par analogie, une confrérie de dévotion mise sous l'invocation de la Vierge ou d'un saint. Il renvoie également, dans une deuxième acception, aux comités de cardinaux de la Curie romaine. Dans une troisième acception, il est l'équivalent de la paroisse pour certaines confessions protestantes ¹³³.

126 - CE, 6 janvier 1922, *Commune de Perquie*, rec. p. 14.

127 - CE, 10 novembre 1911, *Commune de Saint Blancard*, rec. p. 1001 ; 26 juin 1914, *Préfet du département des Hautes-Pyrénées*, rec. p. 774 ; 6 avril 1927, *Abbé Paoli*, rec. p. 499.

128 - CE, 16 mai 1919, *Commune de Montjoie*, rec. p. 429.

129 - CE, 13 décembre 1912, *Commune de Montlaur*, rec. p. 119.

130 - CE, 20 juillet 1906, *Commune de Glainans*, rec. p. 652.

131 - Rétribution variable accordée au clergé pour l'exercice de certains ministères (baptêmes, mariages, funérailles...).

132 - CE, 27 juillet 2001, *Syndicat national pénitentiaire Force ouvrière – Direction et autre*, rec. p. 393.

133 - Dictionnaire Robert de la langue française.



Selon le dictionnaire encyclopédique d'histoire Mourre, le terme congrégation a toujours été pris, dans les querelles politiques du XIX^e siècle – et, pourrait-on ajouter, du XX^e –, au sens large, comme désignant « *tous les ordres religieux masculins ou féminins* », mais exclusivement dans le cadre de la première acception.

De fait, la plupart des commentateurs s'accordent à penser qu'**il n'existe pas de définition juridique de la notion de congrégation**, qui peut seulement être approchée au moyen du faisceau de critères dégagé par l'administration et surtout par la Section de l'intérieur du Conseil d'État. En ce sens, peut être considérée comme une congrégation « *une communauté de personnes réunies par une même foi religieuse, plaçant leur vie (menée en principe en commun) sous cette même foi, et soumise à une même autorité. Les congrégations "reconnues" ont la personnalité juridique ; elles sont toutefois soumises à certaines interdictions* »¹³⁴.

2.1.2.2. L'évolution du statut juridique des congrégations depuis 1905 : l'apaisement

En 1901, le législateur, comme on l'a vu, n'avait pas entendu faire bénéficier les congrégations du régime libéral de droit commun des associations. La loi du 1^{er} juillet 1901 (titre III) prévoyait que les congrégations devaient être autorisées par la loi et que, pour les établissements qu'elles fonderaient, un décret en Conseil d'État serait nécessaire. Elle précisait que les congrégations non reconnues disposaient d'un délai de trois mois pour demander cette autorisation, sauf à être considérées comme dissoutes de plein droit. Le délit d'ouverture ou de tenue d'un établissement congréganiste non autorisé est créé par la loi du 4 décembre 1902¹³⁵, et celle du 7 juillet 1904¹³⁶ interdit aux congréganistes d'enseigner.

La loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État n'a pas modifié le droit applicable aux congrégations religieuses. Au cours des débats qui précédèrent son adoption, le gouvernement manifesta nettement, au contraire, sa volonté de ne pas revenir sur la spécificité de leur statut, et d'écarter toute assimilation entre les notions de congrégation et d'association culturelle. Était ainsi confirmé le caractère strict et régalién du contrôle auquel elles restaient soumises¹³⁷.

Si le délit de congrégation fut effectivement poursuivi en justice jusqu'en 1910, les années qui suivirent et, surtout, l'entrée en guerre de la France, furent l'occasion d'un rapide apaisement. Les religieux qui étaient partis en exil participèrent en nombre à la mobilisation générale. La « circulaire Malvy » du 2 août 1914 enjoignit aux préfets de suspendre toutes les mesures prises en vertu des lois de 1901 et 1904. Pendant la guerre, et surtout après

134 - Guillien, Vincent et alii, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 2001.

135 - Loi du 4 décembre 1902 tendant à réprimer le fait d'ouverture ou de tenue sans autorisation d'un établissement congréganiste, *JORF*, 5 décembre 1902.

136 - Loi du 7 juillet 1904, relative à la suppression de l'enseignement congréganiste, *JORF*, 8 juillet 1904.

137 - Cf. infra.



1918, nombre de congrégations se réinstallèrent progressivement en France. Toutefois, les passions qui avaient présidé au débat sur les congrégations n'étaient pas définitivement assoupies. L'octroi de la liberté d'association aux syndicats, en 1920, ralluma le débat concernant les congrégations, qui ne bénéficiaient pas d'un droit équivalent. Le ministère Herriot, en 1924, manifesta sa volonté de revenir sur la circulaire Malvy, et expulsa deux congrégations, mais dut revoir sa position devant la réaction des milieux catholiques. Toutes les tentatives pour modifier ou assouplir le régime juridique en vigueur, qui restait inappliqué, échouèrent.

Ce n'est qu'en 1940 que le régime de Vichy prit acte de la contradiction existant entre la loi en vigueur et la situation de fait dans laquelle se trouvaient les congrégations depuis 1914. Par la loi du 3 septembre 1940, la loi du 7 juillet 1904 fut abrogée et, en avril 1942, fut modifiée celle du 1^{er} juillet 1901 : une « *congrégation religieuse peut obtenir la reconnaissance légale par décret rendu sur avis conforme du Conseil d'État* ». Quoique solennelle, cette procédure constituait un assouplissement par rapport au régime antérieur, et s'accompagna de surcroît d'avantages liés à l'autorisation de percevoir des dons et legs (lois des 8 avril et 24 octobre 1942). Toutefois, le régime de Vichy ne reconnut que trois congrégations de 1941 à 1943, dont une seule sous l'empire du régime d'autorisation réglementaire issu de la nouvelle législation.

À la Libération, ces mesures d'assouplissement furent, pour l'essentiel, implicitement prorogées mais aucune nouvelle congrégation ne fut autorisée de 1944 à 1970¹³⁸. Ce pragmatisme, résultat des négociations menées dès 1944 avec le Saint-Siège, était le fruit à la fois de l'apaisement du conflit concernant les congrégations et de l'incompatibilité du régime juridique existant avec les situations de fait.

De 1944 à 1970, les débats sur la question religieuse et la laïcité laissèrent de côté, pour l'essentiel, le statut des congrégations, pour se focaliser sur celui de l'enseignement catholique¹³⁹. La laïcisation de la société se poursuivit toutefois, et les congrégations et ordres réguliers, quoique épargnés par les gouvernements successifs, subirent de plein fouet le mouvement de désaffection des jeunes pour la vie régulière, et ses conséquences sur l'âge moyen des congréganistes.

Sans modifier les dispositions légales en vigueur, le Président Pompidou prit, dès son élection, la décision de rouvrir pour les congrégations religieuses la possibilité effective d'une reconnaissance légale. Cette impulsion se traduisit, dès le 8 octobre 1970, par la publication du décret de reconnaissance des Petites Sœurs de l'Assomption, dont le cas complexe donna au Conseil d'État l'occasion de préciser les critères d'obtention du statut légal de congrégation religieuse. Cette orientation ne fut pas remise en cause et, en vingt ans, environ 360 instituts et monastères de femmes sur 700, et une cinquantaine de

138 - Ce constat fut parfois considéré comme la résultante d'une résistance passive du Conseil d'État et de l'administration, mais les demandes elles-mêmes furent en réalité très peu nombreuses jusqu'à la Libération et les avis rendus ont ouvert la voie aux nombreuses reconnaissances intervenues plus tard (*La paix religieuse, 1920-1960*, Michel Bernard, *Rev. Adm.*, 1999). Des établissements nouveaux de congrégations préexistantes furent en outre autorisés durant cette période.

139 - R. Lecourt, *Entre l'Église et l'État, concorde sans Concordat, 1952-1957*, Paris, Hachette, 1978.



congrégations ou abbayes masculines sur 100 allaient être reconnus ¹⁴⁰. De fait, alors que certaines congrégations optaient pour la reconnaissance, d'autres ne jugèrent pas utile de faire usage d'une telle faculté.

Parallèlement au flux d'autorisations concernant les congrégations d'obédience catholique romaine, la normalisation du statut juridique des congrégations s'étendit progressivement aux autres confessions chrétiennes et à d'autres religions. En 1988 était autorisée pour la première fois une « congrégation » bouddhiste, puis en 1989 une communauté orthodoxe, et enfin, en 1992, une démarche similaire effectuée par l'Armée du Salut, d'origine protestante, était admise.

En définitive, si la normalisation du statut juridique des congrégations s'est poursuivie dans un climat dépassionné, cette évolution n'a nullement coïncidé avec une banalisation de leur condition. Le Conseil d'État est venu rappeler, notamment par ses avis des 12 juillet 1983 et 14 novembre 1989, que les congrégations ne pouvaient être assimilées ni aux associations régies par les titres I et II de la loi de 1901, ni aux associations culturelles créées par la loi de séparation des Églises et de l'État de 1905.

2.1.2.3. Le régime juridique actuel, principalement issu de la loi de 1901

Fruit d'une histoire marquée par des débats passionnés, le statut juridique des congrégations demeure hétéroclite.

Une définition essentiellement prétorienne

Si c'est essentiellement par la procédure de reconnaissance légale qui leur est appliquée que se caractérisent les congrégations, plusieurs critères distinctifs ont été progressivement dégagés, qui les différencient nettement des associations.

Le législateur n'a pas défini la notion de congrégation, pas davantage d'ailleurs que celles de religion ou de culte. Au XIX^e siècle, la jurisprudence, notamment civile, avait cerné la notion de congrégation, identifiée à une « communauté catholique rassemblant sous un même toit, autour d'un supérieur, des religieux (hommes ou femmes) qui ont prononcé des vœux d'obéissance et autres et qui se distinguent par le port d'un costume particulier à chaque congrégation ¹⁴¹ ». Cette définition n'a cependant pas résisté à l'évolution et, dès les premières années du XX^e siècle, la Cour de cassation jugeait que l'existence d'une congrégation ne pouvait résulter que d'un ensemble de circonstances qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier ¹⁴².

140 - D'après des chiffres cités par J.-P. Durand, « À propos de l'histoire des congrégations en droit français », in *Les congrégations et l'État*, sous la responsabilité scientifique de J.-P. Durand, La Documentation française, 1992, p. 15 : « Depuis 1970, et à la date d'octobre 1990, 249 instituts féminins apostoliques sur 365 sont reconnus et 114 monastères féminins sur 323. 25 instituts ou provinces congréganistes sont reconnus sur 62 et 23 abbayes masculines ou prieurés sur 43. »

141 - Y. Desmurs-Mosquet, *Régime des congrégations*, fascicule 217, Juris-classeur administratif, 1992.

142 - Cass. Civ., 1^{er} mai 1903, DP 1903, I, p. 397 ; 1^{er} août 1903, DP 1904, I, p. 350 ; 13 novembre 1906, DP 1911, V, p. 3.



La loi de 1901 ne définit les congrégations religieuses que par référence à leur procédure de reconnaissance légale, subordonnée à l'adoption d'un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État. La demande de reconnaissance doit être présentée au ministère de l'Intérieur par le supérieur de la congrégation, accompagnée d'un dossier comprenant notamment les futurs statuts¹⁴³. Le ministère de l'Intérieur demande l'avis du conseil municipal et du préfet dont dépend territorialement la congrégation, puis l'accord des ministres intéressés, en particulier du ministre de la Santé ou du ministre de l'Éducation nationale si la congrégation exerce des activités hospitalières ou d'enseignement. Le décret de reconnaissance de la congrégation peut ensuite être pris, sous réserve de l'avis conforme du Conseil d'État.

Cette procédure contribue à rapprocher les congrégations des associations reconnues d'utilité publique. Dans les deux cas, le groupement doit effectuer une demande motivée. Des différences subsistent cependant. Ainsi l'avis du Conseil d'État est-il consultatif pour les associations d'utilité publique, et conforme pour les congrégations. De plus, ces dernières ne sont pas astreintes à déposer des statuts calqués sur un modèle, contrairement aux premières. Enfin, les critères utilisés dans l'un et l'autre cas peuvent varier, l'appréciation des pouvoirs publics étant, selon certains commentateurs, davantage fondée sur les objectifs poursuivis dans le cas des associations, et au contraire sur la nature de l'institution ainsi autorisée dans le cas des congrégations¹⁴⁴.

Est une congrégation religieuse toute organisation reconnue comme telle par l'État, qui dispose par le biais de cette procédure d'autorisation d'un pouvoir d'appréciation important. L'autorité compétente pour accorder cette reconnaissance dispose pour chaque cas d'espèce d'un large pouvoir d'appréciation¹⁴⁵. Mais cette marge d'appréciation laissée à l'administration **s'appuie sur un certain nombre de critères, que l'administration et, surtout, le Conseil d'État ont été conduits à préciser**, principalement depuis le début des années 1970.

À l'occasion des rares rejets de demande de reconnaissance qu'elle a formulés¹⁴⁶, l'administration a précisé sa doctrine, d'où il ressort qu'il est de règle que seules peuvent être qualifiées de congrégations religieuses au sens du titre III de la loi du 1^{er} juillet 1901, et reconnues comme telles, les communautés satisfaisant à l'ensemble des conditions suivantes : engagement et activités des

143 - Décret du 16 août 1901 portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

144 - J. Morange, « Les congrégations religieuses et la normalisation de la tutelle », in *Les congrégations et l'État*, op. cit., p. 30.

145 - Concernant le cas, similaire, des associations reconnues d'utilité publique, voir la brochure publiée au *JORF* « Associations, régime général ».

146 - Depuis la loi du 11 juillet 1979, le ministère de l'Intérieur a admis l'obligation de motiver les rejets de demande d'autorisation : « on peut estimer, sans préjuger de l'avis du Conseil d'État, que ce devrait être pour des raisons d'ordre public qui seraient communiquées aux responsables de la congrégation demanderesse, conformément à la loi du 11 juillet 1979. Le refus d'accorder la reconnaissance légale à une congrégation ou à un établissement particulier dépendant d'une congrégation figure en effet sur la liste des actes à motiver annexée à la circulaire du 10 janvier 1980 » publiée au Journal officiel du 15 janvier 1980 (réponse du 5 mars 1987 au sénateur Charles de Cuttoli, *JO Sénat* 16 avril 1987, p. 591).



membres inspirés par une foi religieuse, existence de vœux, vie communautaire sous une même règle, autorité d'un supérieur investi de pouvoirs particuliers et relevant lui-même de la hiérarchie propre à la religion dont il se réclame.

Le Conseil d'État a délimité les contours de la notion de congrégation. En premier lieu, s'agissant de la reconnaissance légale des congrégations, il a rappelé l'importance des critères constitutifs des congrégations tels qu'ils résultent de la loi et du décret de 1901. Ainsi, l'exigence d'une vie en commun et la soumission à des vœux sont au fondement de la notion de congrégation, et nécessaires pour qu'une communauté religieuse puisse se placer sous le régime juridique correspondant¹⁴⁷. La jurisprudence récente du Conseil d'État a étendu le champ d'application de la loi de 1901, à la fois sur le plan confessionnel et sur le plan territorial. D'une part, le statut de congrégation a été attribué à des communautés multiconfessionnelles ou de confession non catholique. Par exemple, a été reconnue comme congrégation une communauté rassemblant des laïcs et des religieux, mais aussi des prêtres et diacres de l'église catholique et des pasteurs de l'église réformée¹⁴⁸. Surtout, ont été reconnues depuis 1987 des communautés orthodoxes¹⁴⁹, protestantes¹⁵⁰, bouddhistes¹⁵¹ et hindouistes¹⁵². En revanche, aucune congrégation de confession musulmane n'a pour le moment fait l'objet, devant le Conseil d'État, de la procédure prévue par le titre III (article 13) de la loi de 1901. D'autre part, le Conseil d'État a, par une construction prétorienne, admis que peuvent bénéficier de la reconnaissance légale des communautés dont le siège est situé dans des territoires dans lesquels la loi de 1901 n'a pas été rendue applicable, tels que la Guyane ou l'Alsace-Moselle¹⁵³.

En second lieu, le Conseil d'État contrôle la conformité des statuts de congrégations soumis à son approbation avec le droit en vigueur, et notamment avec les dispositions du décret du 16 août 1901. Plusieurs points sont en particulier examinés :

– la congrégation doit être soumise à la « juridiction de l'ordinaire » du lieu d'implantation, c'est-à-dire aux autorités ecclésiastiques du diocèse¹⁵⁴ ;

147 - CE, Section de l'intérieur, 14 novembre 1989, n° 346.040 ; 10 novembre 1998, n° 360.986, *Communauté « Ouvriers pour un monde nouveau »*. 25 avril 2000, n° 364.441, *Congrégation « Frères de la bienheureuse Vierge Marie du Mont-Carmel (Frères-Carmes) »*.

148 - CE, Section de l'intérieur, 22 juin 1993, n° 354.722, *Congrégation « Communauté du chemin neuf »*.

149 - CE, Section de l'intérieur, 29 octobre 1991, n° 350.561, *Communauté monastique orthodoxe de la Résurrection de Villardonnell* ; 29 octobre 1991, n° 350672, *Congrégation monastique orthodoxe Saint-Simon le Myroblite*.

150 - CE, Section de l'intérieur, 3 mars 1993, n° 351.732, *Congrégation de l'Armée du Salut*.

151 - CE, Notamment, Section de l'intérieur, 27 octobre 1987, n° 342.574, *Communauté « Karmé Dharma Chokra »* ; 21 avril 1992, n° 351.286, *Communauté monastique « Karma Thartchine Thundroup »* ; CE, 19 juillet 1995, n° 357.308, *Communauté « Dashang Kagyu-Ling »*.

152 - CE, Section de l'intérieur, 1^{er} juillet 1997, *Congrégation centre international Sivananda de Yoga Vedanta*.

153 - CE, Section de l'intérieur, 27 juillet 1987, n° 341.387, *Congrégation « Communauté monastique des Frères de la Résurrection »* s'agissant d'une communauté établie en Guyane ; CE, Section de l'intérieur, 25 mars 1997, n° 359.872, « *Congrégation des diaconesses de Neuenberg d'Ingwiller* » s'agissant d'une communauté établie en Alsace-Moselle.

154 - Pour une application de ce principe, issu de l'article 19 du décret du 16 août 1901, cf. par exemple Section de l'intérieur, 3 août 1993, n° 354.417, « *Congrégation des sœurs cisterciennes de la stricte observance* », et 4 janvier 2000, n° 363.931, « *Congrégation de l'adoration perpétuelle du Saint Sacrement de Quimper* ».



– la reconnaissance légale d’une congrégation est subordonnée à la déclaration par laquelle une autorité religieuse reconnue par le système d’organisation concerné s’engage à la prendre, ainsi que ses membres, sous sa juridiction. Contrairement à ce que certains commentateurs avaient envisagé, cette règle n’a pas été rendue caduque par la reconnaissance de congrégations non catholiques. En effet, interprétant de façon extensive la règle exigeant pour les catholiques une décision de l’évêque, le Conseil d’État a souligné que le rattachement des congrégations à une autorité religieuse reconnue était indispensable, dans la mesure où cet élément constitue la seule garantie pour les pouvoirs publics que la communauté fonctionne selon les règles propres à la religion dont elle se réclame et peut être qualifiée de congrégation religieuse¹⁵⁵ ;

– si l’existence de vœux est, paradoxalement, un critère majeur de reconnaissance d’une congrégation selon la doctrine administrative, il convient de relever que le décret des 13 et 19 février 1790, qui supprimait les vœux solennels attachés à la vie contemplative monastique et aux grands ordres religieux, est toujours en vigueur. Si la pratique des vœux perpétuels demeure, le Conseil interprète les obligations posées par le texte de 1790 comme signifiant que ne peut figurer dans les statuts des établissements congréganistes soumis à son approbation « *la mention de vœux perpétuels ou définitifs, laquelle serait contraire aux dispositions toujours en vigueur du décret des 13-19 février 1790 selon lesquelles les vœux ne sont pas reconnus par la loi*¹⁵⁶ » ;

– les statuts peuvent reprendre des dispositions du droit canonique, mais à la condition expresse que ces références soient explicites et directement interprétables. Une référence pure et simple au droit canonique, dont la portée ne peut être appréciée et dont le contenu est susceptible de varier, ne peut être approuvée.

Plus généralement, le Conseil d’État ne se reconnaît pas le droit d’intervenir dans la fixation des statuts des congrégations, qui sont libres conformément au régime actuel de séparation des Églises et de l’État. Cependant, il vérifie que ces statuts ne sont contraires ni à la loi, ni à l’ordre public, et qu’ils confèrent bien au groupement qu’ils régissent le caractère d’une congrégation. C’est par ce biais que le Conseil d’État contrôle notamment la précision et la rigueur des statuts en ce qui concerne la nomination du supérieur, les modalités de son éventuelle élection, ou encore l’ampleur de ses attributions.

Le Conseil d’État veille à l’indépendance des provinces françaises vis-à-vis des congrégations mères dont le siège est à l’étranger, notamment par la procédure de désignation du supérieur et des collèges de direction, en refusant les désignations par la congrégation mère. La jurisprudence admet cependant la nomination de certains responsables d’une congrégation par le supérieur général de la congrégation mère dont le siège est à l’étranger si cette nomina-

155 - Pour une application à une communauté catholique, voir par exemple Section de l’intérieur, 24 janvier 1989, n° 345.140, *Province de France de la congrégation des sœurs auxiliaires* ; pour une application à une congrégation non catholique, voir Section de l’intérieur, 27 octobre 1987, n° 342.574, déjà cité, à propos d’une communauté bouddhiste.

156 - Voir « cultes et congrégations », in *Rapport annuel du Conseil d’État*, 1990 ; voir également, CE, Assemblée générale, 6 décembre 1990, n° 348.023, *Congrégation des petites sœurs des maternités catholiques de Bourgoin Jallieu* ; CE, Section de l’intérieur, 10 juillet 1973, n° 342.227.



tion intervient à la suite d'une consultation de la province française conduisant à la présentation d'une liste de noms ¹⁵⁷.

La notion de congrégation est une notion distincte de celles d'association et d'association culturelle

La loi du 9 décembre 1905 dispose, dans son article 38 inclus au titre VI consacré aux dispositions générales : « *Les congrégations religieuses demeurent soumises aux lois des 1^{er} juillet 1901, 4 décembre 1902 et 7 juillet 1904* ». À ceux qui objectaient que, malgré cet article, les dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 risquaient de devenir inapplicables du fait de la promulgation de la loi de séparation, A. Briand répondit : « *il était utile d'interdire ainsi à ceux qui seraient chargés d'interpréter ou d'appliquer la loi, toute confusion entre les associations culturelles et les congrégations religieuses. Ces dernières ne sauraient être admises à bénéficier du régime institué pour celles-là. Lorsqu'une association culturelle se formera et réclamera le droit de participer aux avantages de la loi, on devra rechercher si elle n'a pas en fait le caractère d'une congrégation* ».

Conformément à l'intention du législateur, le Conseil d'État est venu préciser, par deux avis du 12 juillet 1983 et du 14 novembre 1989, la portée des dispositions du titre III de la loi de 1901. Aux termes de l'avis rendu en 1983 ¹⁵⁸ : « *La décision du 16 juillet 1971, par laquelle le Conseil constitutionnel a statué sur la capacité juridique des associations déclarées, ne concerne que les associations proprement dites. Or, la législation française, dont les principes, à cet égard, n'ont pas varié depuis l'ancien droit et n'ont été remis en cause ni par la loi du 1^{er} juillet 1901, ni même par l'acte dit loi du 8 avril 1942, a toujours traité les congrégations religieuses comme une catégorie juridique distincte. Ainsi, ce qui a été décidé au sujet des associations n'est pas transposable aux congrégations. Il suit de là que le régime des congrégations reste fixé par le seul titre III de la loi de 1901, à l'exclusion des dispositions des titres I^{er} et II de cette loi, et qu'une notion telle que celle de "congrégation déclarée" est dépourvue de toute signification juridique. Les congrégations, depuis 1942, peuvent se constituer sans autorisation ; mais celles qui n'ont pas été antérieurement autorisées n'acquièrent la personnalité morale qu'à la condition d'être légalement reconnues (...)* ».

Dans le second avis, saisi de la question de savoir si une organisation présentant les caractères d'une congrégation pouvait se placer sous le régime des associations culturelles prévues par la loi du 9 décembre 1905, le Conseil d'État a estimé que tel n'était pas le cas. En refusant ainsi tout droit d'option, même si le débat doctrinal persiste sur ce point (cf. infra), le Conseil d'État a précisé sa jurisprudence dans le sens d'une distinction nette entre le régime applicable aux congrégations, d'une part, et celui applicable aux associations et notamment aux associations culturelles, d'autre part.

157 - Cf. notamment CE, Section de l'intérieur, 8 décembre 1998, n° 362.718, *Congrégation dite « Province de France des missionnaires oblats de Marie Immaculée »* ; CE, Section de l'intérieur, 16 novembre 2000, n° 363.359, à propos de la province française de la compagnie de Jésus.

158 - CE, Section de l'intérieur, avis n° 333.892.



Le régime juridique des congrégations reconnues

Actuellement, plusieurs textes de niveau législatif et réglementaire demeurent en vigueur, mais **le régime des congrégations résulte principalement des dispositions combinées du titre III de la loi du 1^{er} juillet 1901 et des lois du 3 septembre 1940** ¹⁵⁹ **et du 8 avril 1942** ¹⁶⁰. Cette dernière supprime le délit de congrégation et rend facultative la demande d'autorisation pour les congrégations et leurs établissements particuliers. Désignée sous le nom de « reconnaissance légale », la procédure instaurée par cet acte ne sera plus parlementaire : pour l'approbation des statuts d'un établissement d'une congrégation déjà autorisée ou reconnue, il faudra un décret en Conseil d'État ; l'approbation des statuts civils d'une congrégation non encore autorisée ou reconnue devra, quant à elle, résulter d'un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État.

Le décret du 16 août 1901, pris pour l'application de la loi du 1^{er} juillet 1901 précitée, précise les conditions d'application de cette dernière, pour ce qui concerne notamment l'instruction des demandes d'autorisation et le contenu des statuts. Par ailleurs, les dispositions contenues dans les lois du 2 janvier 1817 ¹⁶¹ et du 24 mai 1825 ¹⁶² demeurent partiellement en vigueur, qui maintiennent un contrôle administratif sur l'acquisition et la vente d'immeubles par les congrégations autorisées légalement ou reconnues.

À partir de 1987, plusieurs dispositions législatives et réglementaires sont intervenues afin d'alléger la tutelle pesant sur les congrégations religieuses, mais aussi de mettre le droit français en accord avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ¹⁶³. Ainsi la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 ¹⁶⁴ portant diverses mesures d'ordre social a-t-elle supprimé toute discrimination à l'encontre de la capacité civile des congrégations féminines. De même, la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 ¹⁶⁵ sur le développement du mécénat concerne également les congrégations autorisées ou reconnues légalement pour des activités d'intérêt général. Le Conseil d'État, en application du principe d'égalité, a constaté l'abrogation implicite, par le préambule de la Constitution, de l'article 7 de la loi du 24 mai 1825 qui contenait à l'égard des religieuses des dispositions plus sévères que celles applicables aux religieux ¹⁶⁶.

159 - Loi du 3 septembre 1940 abrogeant l'article 14 de la loi du 1^{er} juillet 1901 et la loi du 7 juillet 1904.

160 - Loi du 8 avril 1942, publiée au Journal officiel de l'État français du 2 janvier 1943.

161 - Loi du 2 janvier 1817 sur les donations et legs faits aux établissements ecclésiastiques. *Bulletin des lois*, 1817 (7, Bull. 128, n° 1454).

162 - Loi du 24 mai 1825 relative aux congrégations religieuses de femmes, *Bulletin des lois*, 1825 (8, Bull. 40, n° 921).

163 - La législation française prévoyait, depuis les lois de 1817 et de 1825, un régime juridique différent pour les congrégations féminines, en opposition avec l'article 14 de la CEDH, qui prohibe toute discrimination ou distinction fondée notamment sur le sexe.

164 - *Journal Officiel*, 31 juillet 1987, p. 8574.

165 - *Journal officiel* du 24 juillet 1987, p. 8255. Voir également J.-P. Durand, « Chronique de droit civil ecclésiastique », in *L'année canonique*, t. XXX, 1987, pp. 489-531., et J. Vacherot, « Le régime juridique et administratif des fondations d'utilité publique avant et depuis la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat », in *Juris*, n° 59, novembre 1991, p. 19-34.

166 - Cf. CE, Assemblée générale, 6 décembre 1990, n° 348023, EDCE n° 42, 1990, p. 81 et 83 ; également pour les congrégations ayant leur siège en Alsace-Moselle, CE, Section de l'intérieur, 16 novembre 1993, n° 355.149.



En matière sociale, les congrégations ne sont concernées par le régime de sécurité sociale que depuis la loi du 2 janvier 1978¹⁶⁷, qui s'applique aux ministres des cultes et aux membres des congrégations religieuses pour l'assurance maladie, invalidité et vieillesse. Le Conseil d'État veille à la protection des droits des congréganistes à l'égard des congrégations, et notamment au respect des règles applicables en matière de salaires et pensions¹⁶⁸.

S'agissant de leur **capacité juridique**, les congrégations sont soumises à certaines limitations, qui visent, d'une part, à les préserver d'opérations financièrement désavantageuses, et d'autre part, à protéger les donateurs et leurs héritiers, alors qu'elles jouissent d'une large capacité juridique en matière patrimoniale. S'agissant des dons et legs, les congrégations peuvent recevoir des dons manuels, mais n'ont la capacité d'accepter les meubles et immeubles qui leur sont transmis par acte entre vifs ou testament que sous réserve d'une autorisation administrative préalable¹⁶⁹. Les acquisitions et aliénations d'immeubles sont également soumises à autorisation administrative, les congrégations étant dans ce domaine assimilées fiscalement aux associations reconnues d'utilité publique¹⁷⁰. De même, les baux supérieurs à 18 ans, les servitudes et les emprunts¹⁷¹ sont subordonnés à l'octroi d'une autorisation par l'autorité administrative. Ces différents régimes d'autorisation administrative ont fait l'objet d'une jurisprudence consultative fournie du Conseil d'État, notamment pour ce qui concerne les apports immobiliers¹⁷², les emprunts¹⁷³, les baux¹⁷⁴, les ventes¹⁷⁵, ou encore les transferts de biens¹⁷⁶. Il ressort de ces avis que le Conseil d'État s'attache à n'autoriser que des opérations conclues à un prix et dans des conditions proches de ceux du marché libre, et fait obstacle aux transactions défavorables aux congrégations ou, plus rarement, à leurs cocontractants^{177, 178}.

167 - JO du 3 janvier 1978.

168 - Cf. notamment, CE, Section de l'intérieur, 26 mai 1998, n° 362.035 ; Section de l'intérieur, 10 octobre 2000, n° 364.782.

169 - L. 2 janv. 1817, brochure JO 1985 n° 1524.

170 - Rép. Min. n° 3244, JO Sénat (Q) 22 juin 1989, p. 963.

171 - Cass. Civ., 24 juill. 1911, DP 1921, 1, 125.

172 - CE, Section de l'intérieur, 19 février 1991, n° 349.506, *Compagnie des Filles de la charité de Saint-Vincent-de-Paul* ; 22 mars 1994, n° 355.419, *Congrégation des Filles de la charité du Sacré-Cœur de Jésus*.

173 - Cf. par exemple CE, Section de l'intérieur, 27 octobre 1987, n° 342.892, *Fondation Saint-Thomas, Strasbourg*.

174 - CE, Section de l'intérieur, 5 juillet 1994, n° 356.351, à propos d'un bail passé entre une congrégation et la Croix-Rouge française ; 28 juillet 1981, n° 329.422, *Congrégation des sœurs de la Providence, Évreux*.

175 - CE, Section de l'intérieur, 23 juin 1981, n° 329.315, *Congrégation des filles de la charité de Saint-Vincent-de-Paul* ; 28 avril 1981, n° 328.758, *Congrégation des sœurs de la charité de Saint-Louis, Vannes*.

176 - CE, Section de l'intérieur, 13 février 1996, n° 357.062, *Communauté des Visitandines, Mâcon*.

177 - Par exemple, le Conseil d'État n'a pu donner un avis conforme à un projet de contrat de bail de longue durée entre une congrégation et la Croix-Rouge, au motif que les conditions financières de la location étaient par trop défavorables à cette dernière (n° 356351, préc.).

178 - Les congrégations reconnues peuvent acquérir des actions de sociétés d'investissement : CE, Section de l'intérieur, 6 juin 1972, n° 308.491.



Enfin, en matière fiscale, **le Code général des impôts prévoit plusieurs dispositions spécifiques en faveur des congrégations religieuses**¹⁷⁹. En particulier, celles-ci bénéficient d'une exonération de droits en matière de libéralités et de transfert de biens par une collectivité (CGI, art. 795-10° et 1039). Par ailleurs, les entreprises peuvent déduire de leur bénéfice imposable une partie des versements effectués, à titre de don, aux congrégations reconnues (art. 238 bis). Le Conseil d'État s'est, en effet, prononcé dans ce sens par un avis du 15 mai 1962¹⁸⁰, aux termes duquel « *les œuvres ou organismes [religieux], lorsqu'ils pourvoient à la construction ou à l'entretien d'édifices qui servent au culte, doivent, en raison des préceptes qui sont formulés dans ces édifices, des mouvements d'entraide que l'on y détermine et des rassemblements qui y sont provoqués, être regardés comme possédant un caractère philanthropique, éducatif ou social, et par suite, les versements faits à ces œuvres ou organismes avec affectation spéciale aux édifices ouverts au public, peuvent être déduits en vertu de l'article 238 bis* ». Plus généralement, les congrégations légalement reconnues ont été assimilées aux associations reconnues d'utilité publique par l'administration fiscale, par note du 26 juillet 1984 de la direction générale des impôts.

Régime juridique des congrégations non reconnues

Abrogeant les dispositions de la loi de 1901 relatives au délit de congrégation tout en laissant subsister la procédure de reconnaissance créée par cette même loi, la loi du 8 avril 1942 a, du même coup, permis l'existence licite de congrégations non autorisées par l'administration.

Aux yeux de l'administration, les groupements qui n'ont pas introduit de demande ou qui se sont vu refuser la reconnaissance légale¹⁸¹ sont considérés comme « *des associations [ou, plus précisément, des groupements] de fait, ne possédant ni personnalité civile, ni capacité juridique. Elles ne peuvent être sujets de droits, ni d'obligations. Elles ne peuvent ni posséder, ni s'engager, ni ester en justice* »¹⁸².

Cette situation concerne encore de nombreuses congrégations, parfois importantes tant par leur ancienneté que par leur rayonnement spirituel ou le nombre de leurs membres. Dès lors, dans la pratique, ces congrégations accomplissent les actes indispensables de la vie civile par l'intermédiaire de sociétés prête-nom, qui peuvent, depuis l'intervention de la loi du 8 juillet 1969, se transformer en association et représenter la congrégation.

Les congrégations non reconnues n'en ont pas moins une existence de fait. Cette solution, déjà dégagée par la jurisprudence antérieurement à la promul-

179 - Pour une étude d'ensemble, un peu ancienne, de la fiscalité des congrégations, voir « Enjeux fiscaux et pratiques administratives pour les congrégations », in *Les Congrégations et l'État*, op. cit. pp. 69 et suiv.

180 - CE, Sections des Finances et de l'Intérieur réunies, avis n° 231012.

181 - Un tel refus est cependant de plus en plus rare.

182 - Y. Desmurs-Moscet, op. cit., p. 3.



gation de la loi de 1901¹⁸³ a été confirmée par la loi du 8 avril 1942¹⁸⁴. Les congrégations non reconnues sont donc soumises au droit commun des groupements de fait, ce qui permet notamment de prononcer leur dissolution, et de les sanctionner si elles accomplissaient des actes juridiques réservés aux congrégations reconnues, par ce que la doctrine universitaire a parfois qualifié d'« *abus de personnalité* ».

Le débat autour de la notion d'association déclarée de congréganistes

La libéralisation de la politique de l'État à l'égard des congrégations, notamment dans les années 1970 et surtout 1980, a pu laisser croire à un alignement pur et simple du régime des congrégations sur celui des associations. En effet, la loi de 1901 a donné lieu à trois catégories distinctes d'associations : les associations non déclarées, qui ne bénéficient pas de la personnalité civile, les associations déclarées, qui bénéficient de la « petite personnalité » (titre I de la loi du 1^{er} juillet 1901), et enfin les associations reconnues d'utilité publique (titre II de cette même loi) qui, elles, disposent de la « grande capacité » civile. Certes, le législateur n'a, à cette époque, pas entendu permettre aux congrégations d'obtenir la personnalité civile autrement que par la procédure de reconnaissance légale instaurée par le titre III.

Mais la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, qui range la liberté d'association au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, puis la ratification par la France de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950¹⁸⁵, dont l'article 11 garantit la liberté d'association tandis que l'article 14 proscribit les discriminations fondées, notamment, sur la religion, ont sensiblement modifié le contexte juridique entourant la loi de 1901. De fait, le ministère de l'Intérieur, dans une note de 1984¹⁸⁶, indiquait que « *la formation d'une congrégation, d'une communauté ou d'une collectivité religieuse est absolument libre* », avant d'ajouter que « *rien n'empêche maintenant ces associations régulières de devenir par le biais de la modification de leurs statuts, des associations composées uniquement ou principalement de religieux ou religieuses, au sein desquelles les laïcs n'auront plus d'attributions qu'à titre consultatif (...). Le but de l'association pourrait alors se confondre avec celui de la collectivité religieuse* ». Semblant confirmer l'interprétation donnée par ses services, le ministre de l'Intérieur de l'époque a insisté, dans une réponse à une question écrite au Sénat, sur la licéité des associations de congréganistes¹⁸⁷. Interprétant ces évolutions, une partie de la doctrine universitaire¹⁸⁸ en a déduit que les congréganistes, au même titre que les autres citoyens, auraient la possibilité de se constituer en association déclarée.

183 - Cass. Civ. 30 déc. 1857, DP 58, 1, 21.

184 - Cour d'appel de Rennes, 2 fév. 1953, infirmant un jugement du tribunal civil de Lannion du 9 mai 1950, JCP 51, éd. G, II, 6274, note P^r Liet-Veaux.

185 - Ratifiée par la France le 3 mai 1974.

186 - Dans une note d'information datée du 5 juin 1984 (publiée in *Les Amis des monastères*, juillet 1984), de M. Vacherot, chef du bureau central des cultes du ministère de l'Intérieur.

187 - Réponse au sénateur C. de Cuttoli, n° 20218, JO, p. 478.

188 - Voir notamment les articles de J.-P. Durand et J. Morange, in *Les congrégations et l'État*, op. cit.



Le Conseil d'État a cependant fait largement échec à cette interprétation¹⁸⁹. Sans traiter directement des associations déclarées de congréganistes, la Section de l'intérieur, dans un avis du 12 juillet 1983¹⁹⁰, a, comme on l'a vu, estimé que le régime des congrégations reste fixé par le seul titre III de la loi de 1901, à l'exclusion des dispositions des titres I et II de cette loi, et qu'une notion telle que celle de « congrégation déclarée » est dépourvue de toute signification juridique. De même, dans un avis du 14 novembre 1989¹⁹¹, la Section de l'intérieur indique qu'« aucun groupement, quel que soit son objet, ne dispose du droit de choisir arbitrairement le régime juridique qui lui est applicable, alors même que le statut dont il revendique l'application relève d'une simple déclaration à l'autorité administrative ». Ainsi, « (...) tout groupement de personnes qui réunit un ensemble d'éléments de nature à caractériser une congrégation, tels que la soumission à des vœux et une vie en commun selon une règle approuvée par une autorité religieuse, ne peut que se placer sous le régime de la congrégation défini par le titre III de la loi de 1901, et non sous le régime des associations régies par le titre I de cette loi ». Ce faisant, **le Conseil d'État a clairement rappelé la spécificité du régime des congrégations par rapport à celui des associations**, et confirmé que demeurait seul applicable aux congrégations le titre III de la loi de 1901.

2.1.3. Les lieux de culte

Un régime juridique issu des péripéties de l'histoire et qui n'a jamais été fondamentalement remis en cause

La complexité du régime juridique applicable aux édifices culturels existants apparaît bien davantage comme le produit des contingences historiques que comme le résultat d'une construction rationnelle. Pourtant, l'équilibre qu'il traduit n'a jamais été fondamentalement remis en cause depuis le début du XX^e siècle même s'il a fait l'objet d'aménagements au cours du temps.

2.1.3.1. Les règles en matière de propriété

Le principe de la séparation des Églises et de l'État, posé par la loi du 9 décembre 1905, imposait une redéfinition des règles applicables jusqu'alors s'agissant du **régime de propriété et de jouissance des édifices culturels**. Ce faisant, le législateur a dû tenir compte à la fois de l'héritage de l'histoire et des réactions qu'entraînait un sujet sensible. Il en est résulté un éclatement du droit applicable. Plusieurs cas de figure doivent être distingués.

Pour ce qui concerne les **édifices culturels qui étaient la propriété de l'État, des départements ou des communes en 1905**, l'article 12 de la loi de 1905

189 - Rejoignant en cela l'opinion d'éminents juristes, tels que le doyen Colliard, pour qui « il n'y a que deux types de congrégations : les congrégations non reconnues qui sont licites mais ne possèdent pas la personnalité, les congrégations reconnues dont le statut est voisin de celui des associations reconnues d'utilité publique. Il n'existe pas de congrégations simplement déclarées, dotées de la « petite personnalité » (in *Libertés publiques*, Précis Dalloz, Paris, 1989, p. 776) ; voir également, dans le même sens, G. Burdeau, *Libertés publiques*, LGDJ, Paris, 1966, p. 193.

190 - N° 333.892, déjà cité supra.

191 - N° 346.040, également analysé supra.



dispose que les édifices qui avaient été mis à la disposition de la Nation à la Révolution et qui, en vertu de la loi du 18 germinal an X (8 avril 1802) établissant le régime du Concordat¹⁹², avaient continué de servir à l'exercice public des cultes, ainsi qu'au logement de leurs ministres (cathédrales, églises, chapelles, synagogues, archevêchés, évêchés, presbytères, séminaires), **sont et demeurent propriété de l'État, des départements et des communes** avec leurs dépendances immobilières et les objets mobiliers qui les garnissaient. La loi reste cependant silencieuse sur la détermination précise de la personne publique propriétaire. À cet égard, on renvoie généralement à un avis du Conseil d'État du 2 pluviôse an XIII (22 janvier 1805)¹⁹³ selon lequel les églises paroissiales sont la propriété des communes ; il en a été déduit *a contrario* que les cathédrales et les églises métropolitaines sont la propriété de l'État. Ce silence des textes ne semble toutefois pas soulever de difficultés pratiques, aucune commune ne contestant sa propriété sur les églises paroissiales. Certains édifices du culte avaient par ailleurs été acquis ou construits par l'État, les départements ou les communes entre le 18 germinal an X et le 9 décembre 1905 ; ils restent eux aussi leur propriété.

Le régime des édifices culturels qui étaient la propriété des établissements publics du culte (concordataires) en 1905 a connu diverses péripéties.

La loi du 18 germinal an X avait recréé, pour l'Église catholique, et créé, pour les Églises protestantes (puis en 1808 pour les communautés israélites) des établissements publics du culte ; ceux-ci étaient propriétaires ou affectataires des biens du culte et étaient en charge de leur gestion. La loi de séparation prévoyait la suppression de ces établissements publics au plus tard au 31 décembre 1906. Le sort des biens dont ils étaient propriétaires devenait dès lors l'un de ses objets centraux. Ces biens étaient en effet nombreux et de nature variée : les établissements publics du culte possédaient, outre des édifices culturels – ceux qu'ils avaient acquis ou construits entre le 18 germinal an X et le 9 décembre 1905¹⁹⁴ –, des presbytères, d'autres immeubles dits ecclésiastiques tels que des maisons de repos ou de retraite pour le clergé ou des petits séminaires, ou enfin des biens étrangers à l'exercice du culte tels que des forêts ou des immeubles à usage de bienfaisance.

En vertu de l'article 4 de la loi de 1905, les établissements publics du culte devaient, par l'entremise de leurs représentants légaux, attribuer eux-mêmes leurs biens aux représentants qualifiés des nouvelles associations culturelles, personnes morales de droit privé. Cette procédure valait pour l'ensemble des biens des établissements du culte à l'exception de ceux qui étaient étrangers à l'exercice du culte ; ces derniers devaient, selon l'article 7 de la loi de 1905,

192 - Loi promulguant comme loi de la République, ensemble la Convention du 26 messidor an IX entre le pape et le gouvernement français et les articles organiques de ladite convention et ceux des cultes protestants ; les articles organiques pour le culte israélite datent quant à eux de 1808.

193 - Recueil Duvergier, 1826, p. 155.

194 - Plus exactement, un édifice culturel construit entre l'an X et 1905 appartenait en 1905 à un établissement public du culte ou à une commune en fonction de la règle posée par l'article 552 du Code civil : « *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.* » Par conséquent, un édifice construit uniquement par les fidèles mais sur un terrain communal était communal ; inversement, un édifice dont la construction avait été entièrement financée par la commune mais se trouvant sur un terrain appartenant à un établissement public du culte était la propriété de ce dernier.



être attribués par les représentants légaux des établissements publics ecclésiastiques « *aux services ou établissements publics ou d'utilité publique dont la destination est conforme à celle desdits biens* ».

C'est bien ce qui s'est produit pour les édifices du culte protestant et du culte israélite, les associations culturelles correspondantes s'étant formées dans le délai légal pour bénéficier de l'attribution des biens ecclésiastiques et notamment des édifices cultuels. Quant aux biens étrangers à l'exercice du culte, leur sort a souvent été réglé par la création d'associations de la loi de 1901 à objet charitable ou de bienfaisance et fonctionnant en symbiose avec l'association culturelle.

En revanche, ce processus, comme on l'a vu, n'a pu avoir lieu pour le culte catholique, les associations culturelles prévues par la loi de 1905 n'ayant pas été constituées. Dès lors, les biens des établissements publics du culte catholique étaient perdus pour l'Église le 1^{er} janvier 1907. En particulier, les églises qui appartenaient à ces établissements furent, en application des dispositions des articles 8 et 9 de la loi de 1905, placées sous séquestre en vue d'une attribution à des établissements de bienfaisance.

Pour résoudre les difficultés qui résultaient de cette situation, la loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes a laissé aux fidèles et aux ministres du culte la libre disposition de ces églises. La loi du 13 avril 1908, modifiant l'article 9 de la loi de 1905, en a donné la propriété aux communes sur le territoire desquelles elles se situaient. Ainsi, **les églises qui avaient appartenu aux établissements publics du culte catholique sont devenues communales alors qu'il avait été prévu qu'elles deviennent propriété d'associations culturelles**, comme cela a été le cas pour les édifices du culte protestant et du culte israélite. Lorsque, en 1923-1924, se sont constituées des associations catholiques dites diocésaines, dotées d'un statut particulier mais considérées comme compatibles avec la loi de 1905, trop de temps s'était écoulé depuis les lois de 1905 et 1908 pour envisager que la propriété des édifices cultuels leur soit transférée ¹⁹⁵.

S'agissant enfin des **édifices cultuels postérieurs à 1905**, le régime applicable est beaucoup plus simple : **ils sont la propriété des personnes privées qui les ont construits ou acquis**, le plus souvent des associations culturelles, y compris les associations diocésaines catholiques.

La question a pu se poser de savoir si des collectivités publiques pouvaient légalement, après 1905, acquérir à titre gratuit un édifice cultuel faisant l'objet

195 - Quant aux biens autres que les édifices du culte que l'Église catholique a perdus en ne constituant pas d'associations culturelles, ils ont été mis sous séquestre en attendant d'être attribués par décret à des établissements communaux de bienfaisance. La création des associations diocésaines, en 1924, ne permit pas, par elle-même, de leur attribuer ceux de ces biens qui n'avaient pas encore été attribués par décret. C'est la loi du 15 février 1941 qui a décidé leur attribution par décret aux associations diocésaines (quant à ceux qui avaient déjà été attribués, il est apparu politiquement impossible de les rendre à l'Église) ; la loi de 1941 a en outre repris les dispositions de l'article 112 de la loi du 29 avril 1926 permettant l'attribution aux associations diocésaines, sans perception au profit du Trésor, de tous les biens qui depuis 1905 avaient été affectés à l'exercice public d'un culte par des particuliers, associations, sociétés, syndicats, coopératives et autres établissements privés qui avaient en fait servi de prête-nom à l'Église pour leur possession légale.



d'une donation de la part d'une association culturelle. Dans un avis du 10 novembre 1920, le Conseil d'État avait déduit du régime applicable aux dépenses d'entretien et de conservation de ces édifices que cette faculté ne leur était pas ouverte. Cette réserve n'est toutefois plus valable depuis la modification apportée à ce régime par une loi du 25 décembre 1942¹⁹⁶, et il n'est plus contesté qu'une collectivité puisse accepter une donation d'édifice culturel¹⁹⁷. On peut donc trouver des édifices postérieurs à 1905 et appartenant à une collectivité publique.

Les dispositions législatives du début du siècle dernier définissent donc un **régime de propriété éclaté, hétérogène, variable selon la date de construction de l'édifice considéré et le culte** dont il permet la célébration publique. Le morcellement de la propriété opéré par le législateur caractérise tout autant la nature des droits reconnus respectivement au propriétaire ainsi déterminé et à l'affectataire des édifices culturels.

Comme on l'a vu, **l'État, les départements et les communes se voient reconnaître**, par les dispositions combinées de la loi de 1905 et de la loi de 1908, **un droit de propriété sur les édifices du culte qui leur appartenaient en 1905 et sur ceux qui appartenaient à cette date à des établissements publics ecclésiastiques mais qui n'ont pas été revendiqués par une association culturelle** : c'est-à-dire en pratique, et aux exceptions près, sur les édifices du culte catholiques antérieurs à 1905. Ces édifices font partie du **domaine public** et les travaux qui y sont exécutés sont des travaux publics¹⁹⁸. En outre, en application de la jurisprudence du Conseil d'État, les demandes tendant à l'expulsion d'un occupant sans titre du domaine public relèvent de la compétence du juge administratif¹⁹⁹. Tel est donc le cas pour les occupants d'une église faisant partie du domaine public²⁰⁰.

Mais l'État, les départements et les communes n'ont pas pour autant la jouissance des lieux de culte dont la propriété leur est ainsi reconnue. Ceux-ci font en effet l'objet d'une affectation légale au culte que le commissaire du gouvernement Corneille définissait ainsi dans l'affaire *Vital Pichon*²⁰¹ : « Si [le

196 - Loi n° 1114 du 25 décembre 1942 portant modification de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Églises et de l'État, *JO* du 2 janvier 1943.

197 - La difficulté tenait à ce que, comme on le verra, la loi de 1905 modifiée en 1908 n'ouvre la possibilité pour une collectivité d'engager les dépenses nécessaires pour l'entretien ou la conservation d'édifices du culte que pour ceux dont la propriété lui est reconnue par ce même texte. Il était dès lors exclu qu'une collectivité puisse acquérir un édifice qu'il lui serait ensuite interdit d'entretenir. Mais la loi du 25 décembre 1942 ouvrant la possibilité à une collectivité publique de subventionner les travaux d'entretien d'un édifice appartenant à une association culturelle, on voit mal comment l'empêcher d'engager elle-même une dépense d'entretien qu'elle aurait été en droit de rembourser par subvention à l'association si celle-ci était restée propriétaire. De ce fait l'obstacle à l'acquisition d'édifices culturels par donation disparaît.

198 - CE, 10 juin 1921, *commune de Monségur*, rec. p. 573. S. 1921, 3, p. 45.

199 - CE, 13 juillet 1961, *Compagnie fermière du casino de Constantine*, rec. p. 487.

200 - Le juge judiciaire s'est cependant reconnu compétent en matière d'expulsion des occupants d'une église : ainsi dans l'affaire Saint Nicolas du Chardonnet, la cour d'appel de Paris, par un arrêt confirmé par la Cour de cassation, a jugé que l'usage de cette église revenait aux desservants désignés par le cardinal archevêque de Paris (CA Paris, 13 juillet 1977 ; Cass. 1^{er} civ. 17 octobre 1978 ; Abbé Bellego, *Bull. Civ. I*, n° 308) ; voir, sur ce point, « Occupations d'églises et compétence juridictionnelle », R. Odent, *Gazette du Palais*, 1977, p. 558.

201 - CE, 26 juin 1914, *Vital Pichon*, rec. p. 726, voir Sirey 1921, 3, p. 14.



législateur] remettait aux communes la propriété de ces édifices, il ne leur remettait pas une propriété complète, absolue, mais seulement (...) une propriété démembrée, grevée d'une servitude (...) d'affectation culturelle. La commune est bien seule propriétaire de l'église, mais elle n'est pas seule à avoir des droits sur l'église ».

L'autre partie ayant des droits sur l'église n'est pas celle qui avait initialement été prévue par le législateur. L'article 13 de la loi de 1905 prévoyait que les édifices culturels dont l'État, les départements et les communes se voyaient reconnaître la propriété et les objets mobiliers les garnissant seraient laissés gratuitement à la disposition des établissements publics du culte puis des associations appelées à les remplacer.

Or le refus de l'Église catholique de constituer des associations culturelles l'empêchait d'exercer la jouissance des églises restées propriétés communales dans les conditions prévues par la loi de 1905. Il en résultait un risque de fermeture des églises, l'absence de célébration du culte pendant plus de six mois consécutifs étant l'un des motifs justifiant la désaffectation des lieux de culte prévus par l'article 13. Face à ce risque, le législateur, comme on l'a vu, a souhaité, dans un souci d'apaisement, assurer la continuation du culte dans les églises catholiques en votant la loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes dont l'article 5 dispose en son premier alinéa : « À défaut d'associations culturelles ²⁰², les édifices affectés à l'exercice public du culte ainsi que les meubles les garnissant continueront, sauf désaffectation dans les cas prévus par la loi du 9 décembre 1905, à être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion ». Ce sont donc finalement, même après 1924 et la constitution d'associations diocésaines, les fidèles et les ministres du culte qui bénéficient directement de la jouissance des édifices culturels dont l'État, les départements et les communes sont propriétaires ²⁰³.

L'affectation légale au culte des édifices en cause apporte aux droits de la personne publique propriétaire des limitations très strictes. Elle se traduit par des interdicts comme l'impossibilité, tant que l'édifice n'a pas été désaffecté, d'aliéner l'immeuble ou le mobilier le garnissant, de le démolir ²⁰⁴ ou encore de modifier l'état des lieux ²⁰⁵, l'affectation pouvant impliquer l'intangibilité ²⁰⁶, mais aussi par des devoirs, tels l'obligation d'accepter les offres de

202 - Dans certaines communes, des associations culturelles dissidentes avaient été constituées en vue d'écarter le curé désigné par l'évêque. Mais le Conseil d'État ne reconnaît comme affectataire légitime que le desservant régulièrement nommé par les autorités de son culte (CE, 8 février 1908, *Abbé Déliard*, rec. p. 127 ; 28 juillet 1911, *Sieur Rougegré et autres*, rec. p. 9). D'une manière générale, pour tout ce qui concerne l'organisation propre à chaque culte, l'autorité publique s'en remet à ses représentants légitimes (voir par exemple CE, 23 janvier 1920, *Abbé Barraud et autres*, rec. p. 75). L'article 4 de la loi de 1905 va d'ailleurs dans ce sens en prévoyant le transfert des biens des établissements publics du culte aux associations culturelles « se conformant aux règles d'organisation générale du culte dont ils se proposent d'assurer l'exercice ».

203 - L'article 5 de la loi de 1907 s'applique également aux édifices affectés au culte qui, ayant appartenu aux établissements ecclésiastiques, avaient été attribués aux établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance avant que la loi de 1908 ne les attribue aux communes.

204 - Sauf péril imminent : CE, 12 juin 1914, *Abbé Lhuillier*, rec. p. 692.

205 - CE, 24 juin 1936, *Abbé Ping*, rec. p. 684.

206 - Cf. cependant, pour l'évolution de la jurisprudence sur l'intangibilité des ouvrages publics, Conseil d'État, Section, 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*.



concours des fidèles pour l'entretien de l'édifice²⁰⁷ ou d'employer, en cas d'incendie, la prime d'assurance au profit de la conservation de l'édifice²⁰⁸. Plus généralement, « *l'église est juridiquement à la disposition exclusive [du desservant], il a sur elle un droit personnel de jouissance* »²⁰⁹.

Mais le **droit de jouissance reconnu aux fidèles et au ministre du culte n'est pas non plus sans limites**. L'affectation exclusive au culte limite l'usage des lieux : il est interdit, aux termes de l'article 26 de la loi de 1905, d'y tenir des réunions politiques, et les articles 34 et 35 prévoient des sanctions pénales à l'encontre des ministres des cultes qui, dans un édifice du culte, outrageraient ou diffameraient un citoyen chargé d'un service public ou inciteraient les citoyens à résister à l'exécution des lois ou encore dresseraient les citoyens les uns contre les autres (cf. supra).

Le démembrement de propriété institué par le législateur est d'autant plus remarquable qu'il n'est pas temporaire, comme dans le cas de l'usufruit, mais indéfini : **la servitude d'affectation culturelle est perpétuelle**. La désaffectation, qui seule redonne au propriétaire la pleine jouissance du bien, ne peut être prononcée que par une loi ou, dans les cinq cas énumérés par l'article 13 de la loi de 1905²¹⁰, par décret²¹¹ ou enfin par arrêté préfectoral dans le cas le plus courant, à savoir la cessation de la célébration du culte, sous réserve que le représentant du culte affectataire ait donné par écrit son consentement à la désaffectation. Cette hypothèse mise à part, les édifices du culte affectés à l'exercice public du culte et appartenant le 9 décembre 1905 à une personne publique (État, départements, communes, établissements publics du culte) sont grevés d'une affectation culturelle gratuite, exclusive et perpétuelle²¹².

Les droits reconnus aux associations culturelles sur les biens qui leur ont été attribués par les établissements publics du culte en 1906, et notamment sur les édifices culturels (en pratique donc, les temples et synagogues antérieurs à 1905) présentent eux aussi des particularités. Ils se **caractérisent par des restrictions notables par rapport au régime de la propriété défini par le Code civil**.

En premier lieu, l'attribution de la propriété se fait avec toutes les charges et obligations qui grevent ces biens et qui ont été imposées par le donateur ou le testateur des biens, qu'elles soient matérielles (entretien des tombes, verse-

207 - CE, 26 octobre 1945, *Chanoine Vaucanu*, rec. p. 212.

208 - CE, *Vital Pichon*, précité.

209 - Conclusions du commissaire du gouvernement Corneille dans l'affaire *Abbé Arnoud* (CE, 20 juin 1913, rec. p. 716).

210 - Ces cinq cas sont les suivants : dissolution de l'association bénéficiaire, cessation de la célébration du culte pendant six mois consécutifs sauf cas de force majeure, mise en cause de la conservation de l'édifice ou des objets mobiliers classés pour insuffisance d'entretien, détournement de destination de l'édifice, méconnaissance des prescriptions légales relatives aux monuments historiques ou des obligations en matière de dettes, d'emprunts, de réparations, de frais d'assurance et de charges.

211 - En vertu du décret n° 70-220 du 17 mars 1970 portant déconcentration en matière de désaffectation des édifices culturels.

212 - Cette garantie d'affectation culturelle ne vaut que pour les édifices du culte qui, le 9 décembre 1905, appartenaient à une personne publique (CE, 26 mai 1933, *Sieur Russier*, rec. p. 568) et non pas pour ceux qu'elle aurait acquis après cette date (CE, 19 octobre 1990, *Association Saint-Pie V et Saint-Pie X de l'Orléanais*, rec. p. 285).



ment de rentes à des parents) ou spirituelles (célébration d'offices pour le repos de l'âme, maintien perpétuel de la destination d'un immeuble au culte) ; si ces charges et obligations ne sont pas respectées, les ayants droit peuvent obtenir du juge civil la révocation de la libéralité pour ingratitude ou inexécution de la charge imposée par son auteur. En deuxième lieu, les associations cultuelles n'ont pas le libre usage du produit de la vente des valeurs mobilières ou des immeubles qui leur ont été attribués : leur emploi est réglementé par l'article 5 de la loi de 1905²¹³. En troisième lieu, la règle posée par l'article 4 et en vertu de laquelle l'attribution des biens des établissements publics ne peut légalement se faire qu'à des associations se conformant aux règles générales d'organisation du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice implique une précarité : une autre association cultuelle du même culte peut à tout moment revendiquer à son profit cette attribution dans les conditions prévues par l'article 8. En quatrième et dernier lieu, l'article 9 de la loi de 1905 prévoit que lorsqu'une association cultuelle est dissoute, les biens qui lui avaient été dévolus sont attribués par décret en Conseil d'État à des associations analogues ou à des établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance. L'ensemble de ces règles définit, on le voit, un droit de propriété affaibli.

Ce n'est finalement que pour les édifices postérieurs à 1905 que les droits reconnus au propriétaire ne sont affectés par aucun de ces démembrements.

2.1.3.2. Les règles en matière d'entretien et de conservation

La multiplicité et la complexité des régimes de propriété des édifices cultuels trouvent un écho dans les règles applicables pour leur entretien et leur conservation.

S'agissant des édifices du culte qui sont la propriété d'une personne publique, l'article 13 de la loi de 1905, dans sa rédaction issue de l'article 5 de la loi du 13 avril 1908²¹⁴, dispose que « *l'État, les départements et les communes pourront engager les dépenses nécessaires pour l'entretien et la conservation des édifices du culte dont la propriété leur est reconnue par la présente loi* ».

Il était initialement prévu que les associations cultuelles auxquelles les édifices concernés (en pratique, presque exclusivement des églises catholiques) devaient être affectés prennent en charge les réparations de toute nature ainsi que les frais d'assurance et les autres charges afférentes aux édifices et aux meubles les garnissant. Mais le législateur a dû tirer les conséquences du refus des catholiques de constituer de telles associations et prévoir que les personnes publiques pourraient prendre en charge ces travaux. La portée de cette disposition est cependant doublement limitée. D'abord, la prise en charge

213 - Le montant du produit de la vente devra être employé en titres de rente nominatifs ou dans les conditions prévues au paragraphe 2 de l'article 22 qui prévoit que les associations pourront constituer une réserve spéciale dont les fonds devront être déposés, en argent ou en titres nominatifs, à la Caisse des dépôts et consignations pour y être exclusivement affectés, y compris les intérêts, à la construction, à la décoration ou à la réparation d'immeubles ou meubles destinés aux besoins de l'association ou de l'union.

214 - Loi modifiant les titres II et III (articles 6, 7, 9, 10, 13 et 14) de la loi de séparation du 9 décembre 1905.



des travaux est une faculté et non une obligation pour les personnes publiques propriétaires. Ensuite, le champ des travaux pour lesquels elles peuvent engager des dépenses est étroitement circonscrit : ils doivent être « nécessaires pour l'entretien et la conservation » des édifices.

Le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser cette notion ; ainsi tout embellissement, tout agrandissement, tout achat de meubles sont interdits²¹⁵ ; est en revanche admise la réfection partielle de l'immeuble²¹⁶ voire sa reconstruction dès lors que son coût n'excède pas celui qui résulterait de la consolidation de l'édifice²¹⁷. L'installation de l'électricité ou les dépenses de chauffage ne peuvent être prises en charge que pour autant qu'elles sont nécessaires à la conservation de l'immeuble : un récent arrêt de cour administrative d'appel a considéré illégale la prise en charge par une commune de la part des dépenses d'électricité correspondant à l'exercice du culte²¹⁸.

Lorsque la personne publique propriétaire engage des dépenses à ce titre, les travaux sont entrepris sous son autorité et sa responsabilité ; il s'agit de **travaux publics**²¹⁹ et le Code des marchés publics est applicable. Le Conseil d'État a en outre jugé que l'exécution de travaux indispensables et qui font l'objet d'une **offre de concours** suffisante est obligatoire pour la collectivité propriétaire²²⁰ : les fidèles peuvent ainsi faire échec à l'inertie que leur opposerait une collectivité en prenant en charge eux-mêmes le coût des travaux. Dans ce cas, les travaux sont encore des travaux publics dont le financement par fonds de concours doit être inscrit au budget de la collectivité.

La jurisprudence du Conseil d'État favorise la participation des collectivités publiques à l'entretien des édifices dont elles sont propriétaires. Le défaut d'entretien normal de l'édifice est en effet susceptible d'engager la **responsabilité de la collectivité**²²¹ ; cette solution a été confirmée par une jurisprudence constante²²².

Dans la pratique, les charges d'entretien des édifices culturels dont elles ont la propriété peuvent se révéler assez lourdes pour les collectivités publiques et en particulier pour les petites communes rurales. Cette situation pourrait justifier le développement de l'intercommunalité en la matière. Tel était l'objectif poursuivi par l'article 94 de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier²²³.

215 - CE, 11 juillet 1913, *Commune de Dury*, rec. p. 830.

216 - CE, 24 décembre 1926, *Sieur Empereur*, rec. p. 1138.

217 - CE, 22 janvier 1937, *Ville de Condé-sur-Noireau*, rec. p. 87.

218 - CAA Nancy, 3 juin 2003.

219 - CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, rec. p. 573.

220 - CE, 26 octobre 1945, *Chanoine Vaucanu*, rec. p. 212.

221 - CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, rec. p. 573, à propos d'un enfant blessé par la chute d'un bénitier d'église. Dans cette affaire, aucune responsabilité de la commune n'a cependant été retenue en raison de la faute de la victime.

222 - Voir par exemple CE, 20 avril 1966, *Ville de Marseille*, rec. p. 266.

223 - Afin de s'en tenir à une modification minimale de la loi de 1905, l'article 94 de la loi du 2 juillet 1998 a simplement ajouté, à l'article 13, les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) parmi les personnes publiques susceptibles d'engager des dépenses pour l'entretien et la conservation des édifices dont la propriété leur est reconnue par la loi de 1905 modifiée, et à l'article 12, les EPCI ayant pris la compétence en matière d'édifices du culte parmi les collectivités qui se voient reconnaître la propriété des édifices antérieurs à 1905 et mis à la disposition de la Nation en 1789.



Pour les édifices du culte qui sont la propriété d'une association culturelle, la totalité de la charge de conservation et d'entretien revient en principe à cette dernière. C'est le corollaire de la conception française de la laïcité qui interdit aux collectivités publiques de subventionner tout culte en vertu des articles 2 et 19 de la loi de 1905.

Une dérogation à ce principe a toutefois été introduite par l'article 2 de la loi du 25 décembre 1942 s'agissant précisément des travaux de conservation et d'entretien des lieux de culte. Cette disposition complète l'article 19 de la loi de 1905, précisant que **les sommes allouées aux associations culturelles pour la réparation des édifices affectés au culte public, qu'ils soient classés ou non monuments historiques, ne sont pas considérées comme des subventions** ²²⁴. Les travaux sont toujours effectués sous la responsabilité de la personne privée propriétaire.

Cet assouplissement notable de l'interdiction de subventionner les cultes, qui avait déjà été envisagé dans les années 1930 ²²⁵, procède du souci de tenir compte de la lourde charge que représente l'entretien des édifices culturels pour des associations dont la loi détermine par ailleurs les ressources de manière limitative. Il permet en outre d'éviter que les hasards de l'histoire ne prennent le pas sur des considérations d'équité. Le transfert des biens des établissements publics concordataires aux associations culturelles devait initialement concerner tous les cultes ; seul le refus des catholiques de constituer des associations culturelles a entraîné le transfert de propriété des églises qui avaient appartenu à ces établissements aux communes et, par conséquent, l'application du régime plus favorable décrit ci-dessus pour leur conservation et leur entretien.

Au total, la différence entre les deux régimes peut paraître ténue : dans les deux cas, les collectivités publiques ont le droit mais non l'obligation de contribuer aux dépenses d'entretien et de conservation des édifices culturels. Cette remarque appelle toutefois une nuance dès lors que la liberté laissée par l'article 13 de la loi de 1905 modifiée aux collectivités propriétaires d'édifices culturels de les entretenir ou non est limitée par la jurisprudence précitée en matière de responsabilité.

2.1.3.3. Un équilibre préservé par des aménagements constants

Complexe, fragmenté, d'une cohérence parfois incertaine, portant la marque des circonstances historiques dans lesquelles il a été construit, le régime applicable aux lieux de culte existants, tel qu'il a été défini au début du siècle dernier, n'a jamais été fondamentalement remis en cause. Le cadre juridique défini par la loi du 9 décembre 1905 ne pouvait cependant fournir des réponses définitives à l'ensemble des questions susceptibles d'être posées. Il a

224 - Cette dérogation ne vaut que pour les associations culturelles de la loi de 1905. Les personnes privées autres que les associations culturelles, telles que les associations de la loi de 1901, continuent donc à ne pouvoir percevoir aucune subvention des collectivités publiques pour les travaux d'entretien des édifices culturels qu'elles possèdent.

225 - Un projet similaire avait été voté par l'une des deux chambres dès cette époque.



donc fait l'objet de nombreux aménagements ou clarifications qui, par leur inspiration pragmatique, en ont assuré la pérennité.

Dans ce processus, comme on l'a vu, le législateur a naturellement joué un rôle déterminant, en particulier avec les lois des 2 janvier 1907 et 13 avril 1908. Mais c'est aussi au juge administratif, saisi *in concreto* de litiges mettant en jeu des textes ou des principes dont il lui appartenait d'assurer la conciliation, qu'il est revenu de préciser et clarifier l'équilibre voulu par le législateur. Le doyen Le Bras a ainsi qualifié le Conseil d'État de « *régulateur de la vie paroissiale* »²²⁶.

Des questions d'hier...

L'articulation entre les prérogatives du propriétaire des édifices culturels et celles de l'affectataire a donné lieu à une abondante jurisprudence. On a vu comment les lois de 1905 et 1907 opèrent une distinction entre la propriété et la jouissance des églises catholiques antérieures à 1905 : si l'État, les départements ou les communes en restent propriétaires, la disposition en est laissée aux fidèles et aux ministres du culte. Cette formule a donné lieu à de nombreux litiges qui ont donné l'occasion au Conseil d'État de clarifier le régime applicable. C'est ainsi à celui qui a la disposition des lieux et à lui seul que reviennent la possession et l'usage des clefs, et donc la maîtrise des horaires d'ouverture de l'église²²⁷. Relèvent de la compétence exclusive du prêtre desservant l'utilisation de l'église et du mobilier qui la garnit ainsi que l'aménagement intérieur des lieux²²⁸. Le Conseil d'État a de façon générale reconnu au ministre du culte le pouvoir d'assurer « *la police de l'église* »²²⁹ permettant l'exercice du culte. L'ensemble de ces décisions a ainsi permis de clarifier l'équilibre voulu par le législateur.

Le Conseil d'État a également défini les principes permettant d'assurer **la conciliation de l'exercice des pouvoirs de police administrative et du respect de la liberté religieuse**. Le pouvoir de police de l'église reconnu au ministre du culte ne fait pas obstacle à l'exercice par le maire de ses pouvoirs de police administrative. Ceux-ci trouvent notamment leur source dans l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, aujourd'hui codifiée à l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales et dont le 3^o évoque notamment, comme objet de la police municipale, « *le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes tels que (...) les églises (...)* ». L'article 25 de la loi de 1905 dispose en outre que « *les réunions pour la célébration d'un culte tenues dans des locaux appartenant à une association culturelle ou mis à sa disposition (...) restent placées sous la surveillance des autorités dans l'intérêt de l'ordre public* ». Mais la liberté d'exercice des cultes et l'affectation légale au culte limitent ce pouvoir à la prescription ou l'exécution de mesures absolument nécessaires pour assurer la

226 - G. Le Bras, « Le Conseil d'État régulateur de la vie paroissiale », *EDCE* n° 4, 1950.

227 - CE, 24 février 1912, *Abbé Sarralongue*, rec. p. 250.

228 - CE, 17 décembre 1914, *Abbé Foussadier*, rec. p. 1052 ; CE, 26 décembre 1930, *Abbé Tisseirre*, rec. p. 1113.

229 - CE, 3 mai 1918, *Abbé Piat*, rec. p. 409.



sécurité publique²³⁰. Une mesure aussi radicale que la fermeture d'une église ne peut être justifiée que par des circonstances exceptionnelles rendant une telle décision nécessaire²³¹.

Les pouvoirs du maire en matière de réglementation des sonneries des cloches des édifices cultuels ont été encadrés par la jurisprudence du Conseil d'État. Les arrêtés ayant pour objet de préserver le sommeil et la tranquillité des habitants sont légaux²³². Mais le juge rappelle que s'il appartient au maire, en vertu de l'article 27 de la loi du 9 décembre 1905 et de l'article 50 du décret du 16 mars 1906 pris pour son application, de régler l'usage des cloches, l'exercice de ce pouvoir doit être concilié avec le respect de la liberté religieuse et ne saurait être justifié que par un motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre et la tranquillité publique²³³. Par ailleurs, si le dernier alinéa de l'article 27 de la loi de 1905 prévoit que des sonneries civiles pourront être décidées dans des cas et dans des conditions fixées par décret, le Conseil d'État juge que le législateur a entendu maintenir aux sonneries des cloches des églises leur affectation principale au service du culte²³⁴. Il se montre donc rigoureux dans son interprétation de l'article 51 du décret du 16 mars 1906 déterminant les cas dans lesquels des sonneries civiles sont possibles.

Les manifestations et cérémonies religieuses qui se déroulent hors des édifices cultuels (processions en particulier) sont soumises à déclaration préalable au maire²³⁵. Mais, importante exception, cette déclaration n'est pas exigée si elles sont conformes aux usages locaux²³⁶. Aux termes de la jurisprudence du Conseil d'État, répondent à ce critère les processions ayant un caractère traditionnel²³⁷. Ce caractère traditionnel demeure même si la procession n'a pas eu lieu depuis plusieurs années en raison d'une mesure administrative d'interdiction illégale²³⁸.

... aux questions d'aujourd'hui

Outre la question de l'adéquation du cadre juridique à l'exercice du culte par des confessions nouvelles ou désormais plus présentes qu'autrefois en France (cf. infra), des questions se posent à propos de l'utilisation des édifices des cultes pour d'autres activités que l'exercice du culte.

Le régime juridique défini en 1905 pour les édifices cultuels existants a été en permanence aménagé et adapté aux exigences de chaque époque, dans un esprit de pragmatisme et dans le respect de ses grands équilibres. Signe des temps, c'est le **développement, autour des édifices cultuels, des activités**

230 - CE, 4 août 1916, *Abbé Prudhommeaux*, rec. p. 355.

231 - CE, 8 février 1908, *Abbé Déliard*, rec. p. 127.

232 - CE, 5 août 1908, *Leclercq et Gruson*, rec. p. 866 ; CE, 21 juillet 1916, *Abbé Mangold*, rec. p. 308.

233 - CE, 5 août 1908, *Morel*, rec. p. 865.

234 - CE, 8 juillet 1910, *Abbé Bruant*, rec. p. 566.

235 - CE, 21 janvier 1966, *Legastelois*, rec. p. 45.

236 - Décret loi du 23 octobre 1935, article 1^{er}.

237 - CE, *Méneteau*, 11 mai 1938, rec. p. 408 ; *Abbé Ratier*, 12 juillet 1938, rec. p. 661.

238 - CE, 10 février 1933, *Picaud* (En l'espèce il s'agissait d'une interruption pendant cinquante ans) ; *Abbé Chapalain*, 14 février 1936, rec. p. 205 ; *Abbé Delusseau*, 12 février 1947, rec. p. 471 ; *Abbé Dalque*, 26 avril 1950, rec. p. 234.



économiques, touristiques ou culturelles, qui appelle aujourd'hui une démarche de même nature. Une clarification des règles applicables paraît en effet nécessaire pour déterminer les droits et devoirs de chacun des acteurs concernés par cette évolution, propriétaires ou affectataires. **Trois problèmes** peuvent être distingués.

En premier lieu, se pose la **question de la légalité et du bénéficiaire** de la perception de **droits d'entrée** pour l'accès à certaines parties des édifices culturels telles que les tours, cryptes, cloîtres ou trésors. Cette pratique est de plus en plus fréquente, en particulier dans les cathédrales.

Lorsque les édifices culturels sont la propriété de l'État (ce qui est notamment le cas de 87 des 93 cathédrales)²³⁹, des départements ou des communes, le dernier alinéa de l'article 17 de la loi de 1905, aux termes duquel « *la visite des édifices et l'exposition des objets mobiliers classés seront publiques : elles ne pourront donner lieu à aucune taxe ni redevance* », semble devoir faire obstacle à la perception de tout droit d'entrée ; et si l'article 118 de la loi de finances du 31 décembre 1921 institue un droit d'entrée dans les monuments appartenant à l'État, il prend bien soin de réserver explicitement le cas des édifices visés par cette disposition. Dans le cadre juridique actuel, l'institution de droits d'entrée dans un édifice affecté au culte appartenant à une personne publique est donc illégale, quel que soit au demeurant le bénéficiaire des recettes correspondantes, qu'il s'agisse de la collectivité propriétaire, du Centre des monuments nationaux, d'une association quelconque ou du desservant lui-même.

La seule exception à ce principe a été prévue par la législation sur les monuments historiques. L'article 25 de la loi du 31 décembre 1913 dispose en effet que les départements et les communes, tenus en vertu de la même loi d'assurer la garde et la conservation des objets mobiliers classés dont ils sont propriétaires, affectataires ou dépositaires, peuvent être autorisés à établir, en raison des charges qu'ils supportent pour l'exécution de ces mesures, un droit de visite. Dans une décision *Abbé Chalumey* du 14 novembre 1994²⁴⁰, le Conseil d'État a jugé que cette disposition pouvait concerner les objets classés affectés au culte et constituait alors une dérogation au principe de gratuité posé par l'article 17 de la loi de 1905. Il a précisé en outre qu'une commune ne pouvait toutefois instituer un tel droit qu'avec l'accord du prêtre desservant puisqu'une telle mesure retentit sur l'organisation des lieux qui, on l'a vu, relève de ce dernier.

La portée de cette dérogation est cependant doublement limitée. Elle ne concerne d'abord que les objets mobiliers classés et non pas les édifices du culte dépourvus de tels objets, fussent-ils eux-mêmes inscrits ou classés. Elle ne vaut de plus que pour les départements et les communes, aucune disposition équivalente n'existant pour les objets mobiliers classés des édifices culturels appartenant à l'État.

Au total la règle d'application générale reste celle de l'interdiction de la perception de tout droit d'entrée pour l'accès à tout ou partie des édifices culturels appartenant à l'État, aux départements ou aux communes, autrement

239 - Par décret n° 2003-1111 du 18 novembre 2003, la propriété de la cathédrale d'Ajaccio a été transférée de l'État à la collectivité territoriale de Corse.

240 - CE, Section, *Abbé Chalumey*, rec. p. 491, RFDA 1995 p. 986, concl. R. Schwartz.



dit des églises catholiques antérieures à 1905. Or l'organisation des visites ou la présentation des trésors représentent une charge dont la compensation par des droits d'entrée ne serait pas nécessairement illégitime. Les réflexions se poursuivent donc sur la régularisation des pratiques actuelles. Une restriction de l'interdiction posée par l'article 17 de la loi de 1905 aux seules parties directement utilisées pour le culte serait ainsi envisageable ²⁴¹.

Le deuxième problème posé par le développement de l'activité touristique lié aux édifices cultuels est celui des **comptoirs de ventes** de cartes postales et souvenirs divers en rapport avec le patrimoine.

L'article 118 de la loi du 31 décembre 1921, celui-là même qui institue un droit d'entrée dans les monuments appartenant à l'État, autorise ce dernier à vendre des catalogues, albums, photographies, cartes postales et autres produits concernant les monuments historiques qui sont sa propriété ; aucune exception n'est prévue à cet égard pour les édifices cultuels. La loi de finances du 21 décembre 1970 a ensuite chargé la Caisse nationale des monuments historiques et des sites, devenue depuis Centre des monuments nationaux, d'organiser ces ventes. Les seules incertitudes qui subsistent portent sur la possibilité pour les communes d'établir à leur profit de tels comptoirs dans les églises dont elles sont propriétaires et sur la nécessité de recueillir l'accord préalable du prêtre desservant.

En revanche, la gestion de comptoirs de vente par le clergé paraît plus difficilement compatible avec la législation en vigueur. La gestion commerciale n'entre assurément pas dans le champ des activités que peut exercer une association culturelle ou diocésaine dont l'objet exclusif, aux termes de l'article 19 de la loi de 1905, ne peut être que l'exercice du culte ²⁴² ; au surplus, les recettes de ces comptoirs ne sont pas non plus au nombre de celles qu'une association culturelle est habilitée à recevoir en vertu de l'article 19. Resterait alors la possibilité, pour le clergé, de confier la gestion des comptoirs à des associations proches ; mais une telle solution semble peu conforme à l'esprit, sinon à la lettre de la loi. Le problème se pose d'ailleurs de la même manière pour toutes les associations culturelles quel que soit le propriétaire de l'édifice considéré.

Enfin, l'utilisation des édifices cultuels appartenant à des personnes publiques pour des **manifestations de caractère profane**, en particulier des manifestations culturelles telles que des concerts, apparaît comme le problème le plus délicat dans la mesure où il met en jeu l'application combinée des règles de la domanialité publique et des principes définis par la loi de 1905. Cette utilisation n'est prévue par aucune disposition législative ou réglementaire. Elle est toutefois de plus en plus courante, l'initiative en revenant à la collectivité

241 - Le problème se pose en des termes différents pour les édifices qui sont la propriété d'associations culturelles. L'article 17 ne leur est pas applicable ; les associations culturelles propriétaires peuvent donc en principe décider librement l'institution d'un droit de visite. Mais cette liberté trouve sa limite dans l'interdiction faite à une association culturelle de percevoir des recettes autres que celles qui sont limitativement énumérées à l'article 19 de la loi de 1905 et parmi lesquelles ne figurent pas les droits d'entrée. Il faut dès lors envisager le versement des recettes à une association simple ou à tout autre organisme.

242 - Voir en ce sens la décision du Conseil d'État du 9 octobre 1992, Section, *Commune de Saint-Louis c/Association « Siva Soupramanien de Saint-Louis »*, rec. p. 358.



propriétaire mais aussi parfois au clergé. Ce dernier veille à ce que ces manifestations ne remettent pas en cause l'affectation au culte des églises ou cathédrales. Il entend donc contrôler ces activités et s'estime seul compétent, eu égard au caractère exclusif et permanent de l'affectation culturelle et au « *droit sui generis de jouissance exclusive* » que le commissaire du gouvernement Corneille reconnaissait aux fidèles et au ministre du culte dans ses conclusions sur l'affaire *Abbé Arnaud* (2 janvier 1907, rec. p. 717), pour autoriser de telles manifestations.

L'État considère quant à lui qu'en dépit de l'affectation culturelle des églises construites avant 1905, leur appartenance au domaine public de la collectivité propriétaire, reconnue par le Conseil d'État en 1949²⁴³, impose, en l'absence de texte particulier, de gérer leurs utilisations autres que culturelles selon les règles et procédures applicables à ce domaine public. Sur le fondement de l'article 51 du Code du domaine de l'État, il a donc conclu le 2 avril 1985, puis à nouveau le 10 avril 1998, une convention de gestion domaniale avec le Centre des monuments nationaux pour les 87 cathédrales dont il est propriétaire ainsi que pour la basilique de Saint-Denis et l'église de Saint-Julien de Tours qui lui appartiennent également.

Cette convention donne compétence au Centre des monuments nationaux (CMN) pour accorder des droits de jouissance précaires et révocables, consentir des baux et percevoir des redevances d'occupation. C'est à ce titre qu'après accord de l'architecte des bâtiments de France conservateur de l'édifice culturel concerné, le CMN autorise au nom de l'État l'organisation de manifestations culturelles dans ces lieux et perçoit les redevances correspondantes selon une tarification qu'il établit. Il recueille également l'accord du desservant.

Le clergé conteste toutefois l'application des règles de la gestion domaniale de droit commun s'agissant d'édifices dont l'État n'a pas la pleine jouissance et qui font l'objet d'une affectation légale au culte. Une clarification du droit applicable paraît indispensable, tant pour les cathédrales que pour les églises appartenant aux communes²⁴⁴.

2.1.4. Le statut des ministres du culte

Un statut cohérent avec le principe de séparation

Avec la séparation, les ministres du culte, désormais simples particuliers, ne sont plus rémunérés sur fonds publics, à l'exception des ministres du culte en

243 - CE, Ass., 18 novembre 1949, *Carlier*, rec. p. 490 ; sauf dans le cas rare où l'édifice a été acquis par une commune après 1905 et n'appartenait en 1905 ni à une collectivité publique ni à un établissement public du culte : il n'est alors pas au nombre des édifices culturels régis par la loi de séparation et relevant comme tels du domaine public et fait donc partie du domaine privé de la commune alors même qu'il est loué à une association pour la célébration du culte (CE, 19 octobre 1990, *Association Saint Pie V et Saint Pie X de l'Orléanais*, rec. p. 285).

244 - Clarification d'autant plus nécessaire que la position de l'administration a elle-même fluctué, une circulaire du ministre de la Culture en date du 27 avril 1988, restée inappliquée, ayant supprimé le régime d'autorisation administrative préalable et limité la perception de redevances aux utilisations exceptionnelles.



Alsace-Moselle pour les cultes reconnus²⁴⁵. Au regard du droit du travail, ils ne sont pas considérés comme des salariés, sauf s'ils exercent, à un autre titre que leurs fonctions religieuses, des activités salariées. Aux termes de la jurisprudence de la Cour de cassation, les ministres du culte catholique « *ne sont pas liés à l'évêque diocésain par un contrat de louage de service* ». Les allocations que leur verse l'évêché ne constituent pas des salaires. Ils ne perçoivent donc pas de salaires, sauf s'ils exercent des fonctions d'aumônier dans des établissements publics en application de l'article 2 de la loi de 1905, ou s'ils exercent, outre leur ministère, des activités donnant lieu à un traitement. De même, la Cour de cassation considère que les pasteurs ne « *concluent pas, relativement à l'exercice de leur ministère un contrat de louage de service* »²⁴⁶ avec les associations culturelles et qu'en conséquence, en raison de la finalité spirituelle de l'activité en cause, ils ne peuvent être regardés comme des salariés pour ce qui concerne leur activité pastorale. La situation des rabbins est la même.

Les ministres du culte peuvent occuper des emplois publics²⁴⁷, la rémunération qui leur est versée devant alors correspondre au service rendu sauf à constituer une subvention illégale si elle allait au-delà²⁴⁸. Ainsi dans les petites communes, les ministres du culte exercent parfois les fonctions de gardien de l'église ou de secrétaire de mairie²⁴⁹.

Le ministre du culte légitime est celui accrédité par sa hiérarchie : en cas de conflit entre un prêtre mandaté par une association culturelle et un prêtre en union avec la hiérarchie catholique, le Conseil d'État considère le second comme seul légitime. « *La jurisprudence, n'a pas tardé à reconnaître dans le ministre du culte attaché par l'autorité ecclésiastique à une église une qualité déterminée, la qualité de curé de la paroisse, et à l'admettre en cette qualité à demander par voie de justice l'expulsion d'un prêtre intrus* »²⁵⁰.

Au regard du droit fiscal, et ceci est le fait de l'histoire, pasteurs et rabbins sont regardés comme des salariés des associations constituées pour l'exercice du culte et imposés comme tels à l'impôt sur le revenu. Les ministres du culte catholique, ainsi que les prêtres orthodoxes, sont en revanche imposés dans la catégorie des bénéficiaires non commerciaux. Le cas des imams, en principe aligné sur celui des ministres du culte catholique, est en pratique variable, selon les activités qu'ils exercent par ailleurs.

Il n'y a pas non plus uniformité du régime d'assurance sociale²⁵¹. Les ministres des cultes rétribués par une association culturelle (pasteurs, rabbins) furent considérés comme des salariés des associations culturelles au regard des assurances sociales et relevant comme tels du régime général de sécurité sociale. En raison des réticences de l'Église catholique pour une intégration de ses

245 - La loi de 1905 avait prévu des mesures transitoires dans son article 11, tant en ce qui concerne les salaires versés que les droits à pension.

246 - Cass. civ., 24 décembre 1912, *Abbé Bernard*.

247 - S'agissant des emplois dans l'enseignement, voir supra.

248 - CE, 16 mai 1919, *Commune de Montjoie*, rec. p. 429.

249 - CE, 13 décembre 1912, *Commune de Montlaur*, rec. p. 1194.

250 - Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz 2002, p. 653.

CE, 8 février 1908, *Abbé Déliard* ; 28 juillet 1911, *Abbé Rougegré* ; 20 janvier 1920, *Abbé Barraud*.

251 - Cf. sur le système de protection sociale des personnels religieux : *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003.



membres dans le régime général, la loi Viatte du 19 janvier 1950, précisant que « *l'exercice du ministère du culte catholique n'est pas considéré comme une activité professionnelle au regard de la législation sociale, en tant qu'il se limite à une activité exclusivement religieuse* », exclut les ministres du culte catholique de l'application de la loi du 17 janvier 1948 qui généralisait l'assurance vieillesse et mentionnait les ministres du culte catholique en assimilant leur activité à une profession libérale. C'est la loi n° 78-4 du 2 janvier 1978 qui a institué un régime particulier pour les ministres du culte et les membres des collectivités religieuses qui ne sont pas déjà affiliés à un régime obligatoire de sécurité sociale. Deux caisses étaient créées, l'une pour l'assurance maladie, l'autre pour la vieillesse. Les ministres et religieux des cultes catholique et musulman qui n'exerçaient pas par ailleurs une activité salariée ont ainsi été affiliés à la Caisse mutuelle d'assurance maladie des cultes (CAMAC) et à la Caisse mutuelle d'assurance vieillesse-invalidité des cultes (CAMAVIC) ultérieurement fusionnées au sein de la Caisse d'assurance vieillesse, invalidité et maladie des cultes (CAVIMAC). Le déséquilibre financier de ces régimes a conduit à leur intégration partielle dans le régime général ²⁵².

Certaines différences subsistent cependant. Ainsi, au titre de l'art. 721-1 du Code de la sécurité sociale, les ministres du culte considérés comme non-salariés ne sont pas, *de jure*, soumis au régime général. Cependant, la CAVIMAC a, *de facto*, opté pour un mode de calcul en matière d'assurance vieillesse identique à celui du régime général ²⁵³. Différence plus nette, un régime particulier est prévu pour les membres de collectivités et congrégations religieuses (et non les ministres du culte) permettant de bénéficier de prestations et de cotisations réduites ²⁵⁴. Enfin, aucun régime de prestation en espèces n'a été prévu au sein de la CAVIMAC pour l'assurance maladie, les églises ou les couvents prenant en charge leurs membres si besoin est ²⁵⁵.

Pour autant, en raison de montants de cotisations dans certains cas moins élevés, certaines congrégations ont rejoint la CAVIMAC, et ont donc permis l'affilia-

252 - Les différences entre régimes de sécurité sociale tendent aujourd'hui à se résorber, plusieurs mesures législatives ayant, dans le temps, peu à peu rapproché le régime spécifique des cultes du régime général. La loi portant « diverses mesures d'ordre social » n° 87-588 du 30 juillet 1987 a procédé à l'intégration financière du régime d'assurance maladie des cultes dans le régime général, le régime d'assurance vieillesse ayant connu la même évolution, en application de la loi de financement de la Sécurité Sociale pour 1998, n° 97-1164 du 19 décembre 1997. Ces modifications ont conduit à la fusion des deux caisses pour créer, par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, la Caisse d'Assurance Vieillesse, Invalidité et Maladie des cultes (CAVIMAC). Les conditions de remboursement se sont peu à peu rapprochées du régime général. L'art. 381-12 du Code de la sécurité sociale modifié par la loi n° 2001-1246, dispose, en matière d'assurance maladie, invalidité et maternité, que les ministres du culte ne relevant pas, à titre obligatoire, d'un autre régime, sont soumis au régime général et affiliés à la CAVIMAC. Enfin, le régime d'assurance invalidité des ministres du culte et des membres de collectivités religieuses a été intégré financièrement au régime général par la loi de financement de la Sécurité Sociale pour 2002, n° 2001-1246 du 21 décembre 2001, (art. L. 721-8-1 du Code de la sécurité sociale). L'art. L. 318-18-1 du Code de la sécurité sociale, issu de cette même loi, qui dispose que « *Les ministres des cultes et membres de collectivités religieuses mentionnés à l'art. L. 381-12 ont droit à une pension d'invalidité lorsque leur état de santé les met dans une incapacité totale ou partielle d'exercer* », met fin à une différence qui subsistait sur ce point.

253 - CAVIMAC, Circ. 1/2002.

254 - Al. 4 de l'art. L. 381-12 du Code de la sécurité sociale, art. D. 381-14 à-17 du même Code.

255 - Site de la Fédération évangélique de France : <http://www.fef.ablexx1.com/Etudes/CAVIMAC2.htm>.



tion de leurs membres à cette dernière²⁵⁶. La Fédération Protestante de France, pour sa part, considère qu'une affiliation à la CAVIMAC pour les ministres du culte des Églises membre de la FPF suppose que soit préalablement résolue la question de sa compatibilité avec l'affiliation à un régime complémentaire²⁵⁷.

2.1.5. Les aumôneries

Un exemple du rôle du juge pour assurer le libre exercice des cultes

Aux termes de l'article 2 de la loi de 1905, pourront être inscrites aux budgets de l'État, des départements et des communes « *les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans des établissements tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons* ». L'objectif, comme on l'a vu, est d'assurer le libre exercice des cultes dans les lieux fermés.

Si la loi de 1905 ne prévoyait pas l'obligation d'instituer des services d'aumônerie, la jurisprudence, par une interprétation libérale des textes, a considéré que les cérémonies religieuses à l'intérieur des établissements publics énumérés à l'article 2 de la loi ne pouvaient faire l'objet d'une interdiction générale sauf à porter atteinte au libre exercice des cultes²⁵⁸.

À l'hôpital, les malades peuvent recevoir la visite du ministre du culte de leur choix²⁵⁹, mais les visites systématiques à l'initiative des ministres du culte sont interdites. Les établissements nouvellement construits disposent d'une salle multiconfessionnelle pour l'exercice de tous les cultes. Au sein de l'Armée²⁶⁰, il existe des aumôniers à statut militaire et des aumôniers à statut civil, ainsi que des aumôniers civils bénévoles. Un ministre de chaque culte peut en outre être placé auprès de l'État-major des armées ainsi qu'auprès des commandants des régions militaires. Trois cultes sont aujourd'hui concernés : les cultes catholique, israélite et protestant²⁶¹. Dans les prisons²⁶², le libre exercice du culte est organisé, sous réserve des impératifs de sécurité. Les aumôniers sont agréés par les directions régionales de l'administration pénitentiaire après consultation de l'autorité religieuse compétente et avis du préfet. Des salles multiconfessionnelles sont prévues dans chaque établissement, solution toutefois considérée par certains comme insatisfaisante pour assurer l'exercice des différents cultes. Les aumôniers peuvent être assistés par des auxiliaires bénévoles.

L'État doit par ailleurs, en application de la loi de 1905 telle qu'interprétée par la jurisprudence du Conseil d'État, veiller à ce que des aumôneries soient créées dans l'enseignement du second degré lorsqu'il est établi qu'elles sont

256 - La Fédération évangélique de France siège ainsi au Conseil d'administration de la CAVIMAC.

257 - Site de la FPF : <http://perso.wanadoo.fr/fpf/bip/bip1552-1553.html>.

258 - CE, Ass., 6 juin 1947, *Union catholique des hommes du diocèse de Versailles*, p. 250.

259 - Décret n° 74-27 du 14 janvier 1974.

260 - Loi du 8 juillet 1880 ; décret 64-498 du 1^{er} juin 1964 modifié ; arrêté du 8 juin 1964. Il y a actuellement 374 aumôniers dont 254 catholiques, 71 protestants et 49 israélites.

261 - Pour la religion catholique, l'« évêque aux Armées » a un statut militaire en tant qu'aumônier catholique des Armées.

262 - Articles D432 à D439 du Code de procédure pénale. Il existe 918 aumôniers agréés dont 513 catholiques, 267 protestants, 69 musulmans, 64 israélites et 3 orthodoxes ; 323 d'entre eux sont indemnisés par l'État.



nécessaires au libre exercice de leur culte par les élèves²⁶³. Dans ce cas, la création d'une aumônerie est obligatoire. Des aumôneries peuvent être instituées, quand bien même leur institution ne serait pas indispensable au libre exercice des cultes, dès lors qu'elles ne vont pas à l'encontre de la liberté de conscience ou de l'intérêt de l'ordre public²⁶⁴. Un décret du 22 avril 1960²⁶⁵ a prévu que la création d'une aumônerie est de droit dans les internats si les parents le demandent et peut être décidée par le recteur dans les établissements sans internat sur demande des parents. Dans tous les cas, un agrément du recteur est requis pour le responsable de l'aumônerie. En pratique, les aumôniers ne sont pas rémunérés par l'État.

L'interprétation souple de la loi de 1905 qui a ainsi prévalu s'est trouvée confortée en 1959 par l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1959, dite loi Debré, qui prescrit que « l'État prend toutes dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et l'instruction religieuse ».

Le pouvoir de nomination des aumôniers relève des autorités publiques. Celles-ci n'ont pas à porter d'appréciation sur les qualifications religieuses des aumôniers, leur nomination supposant l'accord des autorités religieuses. Ainsi, un directeur d'hôpital est tenu de mettre fin aux fonctions d'aumônier d'un pasteur qui s'est vu retirer son habilitation conférée par l'autorité religieuse²⁶⁶, et la demande de mutation d'un aumônier formulée par l'autorité religieuse fait obstacle à son maintien en place²⁶⁷.

Dans ses conclusions sur l'affaire Pont, le commissaire du gouvernement indiquait : « Les textes suggèrent et le bon sens confirme, qu'un aumônier – ou à tout le moins l'aumônier d'un établissement hospitalier ou pénitentiaire – relève simultanément de deux autorités : la religieuse et l'administrative. Une double investiture, une double confiance est requise pour qu'il entre en fonctions. Pour qu'il y entre mais aussi, croyons-nous, pour qu'il y demeure... En vérité, que l'une quelconque de ces deux "investitures" soit retirée à un aumônier et son ministère ne peut plus être exercé. Il y a là une situation originale qui tient à la fois aux principes de la loi de 1905, à la nature des fonctions et à la double dépendance de l'aumônier ».

2.2. Une laïcité sur fond de catholicisme

2.2.1. Les différenciations entre cultes liées au cadre juridique hérité de l'histoire

L'une des principales critiques adressées au régime des cultes en France est qu'il figerait sur bien des points les équilibres entre les différentes religions

263 - CE, Ass, 6 juin 1947, *Union catholique des hommes du diocèse de Versailles*, rec. p. 250 ; Ass. 1^{er} avril 1949, *Chaveneau et autres*, rec. p. 161 ; Sect., 28 janvier 1955, *Association professionnelle des aumôniers de l'enseignement public*, rec. p. 51.

264 - CE, Section, 7 mars 1969, *Ville de Lille*, rec. p. 141.

265 - Décret n° 60-391 du 22 avril 1960.

266 - CE, Sect., 17 octobre 1980, *Pont*, rec. p. 374 ; AJDA 1981, p. 256, concl. D. Labetoulle.

267 - CE, Sect. 27 mai 1994, *Bourges*, rec. p. 263, concl. M. Denis-Linton.



dans leur état du début du siècle dernier. Tel serait le cas, en particulier, pour les lieux de culte.

À cet égard, le protestantisme français, si attaché qu'il soit à la laïcité, qu'il considère comme irréversible et comme une garantie fondamentale, souligne les difficultés rencontrées dans le fonctionnement quotidien des Églises ayant dès le départ choisi de respecter la loi de 1905 et de constituer des associations culturelles. D'autres religions, en particulier tard venues, comme l'islam, font état de difficultés analogues, ou plus graves encore.

Le régime des lieux de culte serait ainsi source d'inégalité de traitement entre les différentes religions. Au-delà des problèmes qui peuvent se poser pour les édifices légués par l'histoire, la question des lieux de culte en France est aujourd'hui aussi celle de la capacité du cadre juridique à assurer l'adaptation de l'offre d'édifices culturels aux besoins religieux de la population. On a souligné combien le régime issu de la loi de 1905 et de celles qui l'ont complétée était imprégné des circonstances historiques dans lesquelles il a été élaboré. Or la France de 2004 n'est plus celle de 1905 : c'est évidemment vrai sur le plan des croyances, cela ne l'est pas moins en ce qui concerne la dynamique démographique et l'organisation urbaine. Des besoins nouveaux sont donc apparus s'agissant de la construction d'édifices culturels.

Certaines tendances de la mouvance protestante font valoir qu'elles ont de plus en plus de mal à assumer le poids de l'entretien des édifices du culte, dès lors que les communes seraient moins portées à financer l'entretien des édifices du culte qui ne leur appartiennent pas, que l'entretien de ceux dont elles sont propriétaires. De plus, les presbytères catholiques, devenus biens communaux, peuvent eux aussi être entretenus par les communes et non les autres presbytères affectés en 1906 aux associations culturelles²⁶⁸. Même la

268 - Les anciens presbytères communaux sont revenus à la disposition des communes le 1^{er} janvier 1911 pour les presbytères protestants, en application de l'article 14 de la loi de 1905 et dès le 3 janvier 1907 pour les presbytères catholiques en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1907. Ces presbytères, contrairement aux édifices culturels, font partie du domaine *privé* des communes. Elles peuvent donc les utiliser elles-mêmes ou les aliéner ; elles peuvent aussi les louer (comme d'ailleurs tout autre immeuble de leur domaine privé) au curé ou au pasteur (comme d'ailleurs quiconque). En pratique, les ministres du culte se sont souvent vu offrir la possibilité de louer le presbytère et ont bénéficié de loyers modérés ; beaucoup de communes leur ont même laissé la jouissance gratuite des lieux. C'était pour éviter ces subventions déguisées au culte, susceptibles d'être censurées par le juge (CE, 12 mars 1909, *Triconville*, rec. p. 279) que le dernier alinéa de l'article 1^{er} de la loi de 1907 avait prévu l'approbation préalable du loyer par le préfet : celui-ci avait pour mission de vérifier le caractère sérieux du prix. Ce régime d'autorisation préalable a été supprimé par la loi du 2 mars 1982. Les presbytères appartenant en 1905 aux établissements publics du culte protestant ou israélite ont été attribués aux associations culturelles correspondantes. Ceux enfin qui appartenaient aux établissements publics du culte catholique et qui n'ont pas été réclamés par des associations culturelles catholiques, faute pour celles-ci d'exister, ont été perdus le 3 janvier 1907 par l'Église : ils ont été mis sous séquestre puis attribués à un établissement communal de bienfaisance ou d'assistance lequel le loue parfois au desservant. L'entretien et la réparation des presbytères dont elles sont propriétaires sont facultatifs pour les communes. En revanche, les collectivités publiques ne peuvent pas accorder de subventions pour l'entretien des presbytères qui ne sont pas leur propriété (le tempérament apporté en 1942 à la rigueur de la règle de l'interdiction des subventions aux cultes ne concerne que les édifices du culte) ; la règle vaut pour les presbytères attribués aux associations culturelles protestantes et israélites en 1905 ainsi que pour les presbytères acquis par les associations culturelles, y compris diocésaines, par achat, dons ou legs.



cession de ces biens par une association culturelle à une commune constituerait une solution insatisfaisante : une telle cession fait entrer les biens en cause, non dans le domaine public comme les édifices du culte transférés à l'occasion de la loi de 1905, mais dans le domaine privé de la commune.

Des distorsions existent encore en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA) acquittée sur les dépenses d'investissement en raison de la non éligibilité au fonds de compensation pour la TVA des biens mis à disposition de tiers non bénéficiaires du fonds.

On a vu que la jurisprudence incite les collectivités publiques, sauf à engager leur responsabilité, à effectuer les dépenses nécessaires à l'entretien des édifices culturels dont elles sont propriétaires. Mais il semble que leur comportement reste assez variable en pratique. Dès lors il convient sans doute de nuancer l'affirmation selon laquelle le régime applicable aux édifices qui sont la propriété des personnes publiques serait nécessairement plus avantageux que celui qui est réservé à ceux dont les propriétaires sont des associations culturelles. Ainsi la restriction du champ des travaux que les collectivités peuvent prendre à leur charge, imposée dans le premier cas par l'article 13 de la loi de 1905, n'a pas été transposée par l'article 19 modifié au second. Il reste que les communautés protestantes estiment que l'équilibre issu de la loi de 1905 et de celle de 1942 leur est défavorable.

Il n'existe aucun inventaire de l'ensemble des lieux de culte en France. Différentes estimations permettent toutefois de fixer les ordres de grandeur. Peu de véritables mosquées ont été construites mais le nombre de lieux de culte musulmans serait aujourd'hui compris entre 1200 et 1500, la plupart étant de simples salles de prière sans distinction extérieure : usines désaffectées, pavillons, caves, garages...²⁶⁹

Il est clair que cette situation n'est pas satisfaisante. Les musulmans devraient avoir la possibilité, comme tous les citoyens, de vivre leur foi dans des conditions convenables. Mais il convient de relever que les besoins de construction d'édifices culturels ne se réduisent pas au problème des mosquées. Certaines tendances de la mouvance protestante manquent également de lieux de culte. L'Église catholique elle-même, qui est souvent considérée comme privilégiée à cet égard, connaît des besoins importants. La plupart des quelque 45 000 églises existant en France ont été construites avant 1905, c'est-à-dire dans une France rurale. L'évolution des modes de vie, marquée notamment par la désertification des campagnes et l'urbanisation massive, a donc créé un décalage entre le tissu des édifices culturels catholiques et la répartition actuelle de la population sur le territoire national. Il existe ainsi, dans certaines

269 - Le chiffre de 1500 a été avancé par le groupe de travail sur les lieux de culte mis en place dans le cadre de la consultation des représentants des principales sensibilités musulmanes sur l'organisation du culte musulman en France. En 1990, Catherine Withol de Wenden (« L'Islam en France », *Regards sur l'actualité*, février 1990) et le rapport de Philippe Marchand de 1990 (rapport sur l'intégration des immigrés concluant les travaux d'une mission parlementaire) retenaient le chiffre de 1000 lieux de culte ; en 1994, Alain Boyer dans un séminaire organisé par le centre d'informations et d'études sur les migrations internationales, parlait de 1200 lieux de culte. Le rapport du Haut Conseil à l'intégration, en novembre 2000, faisait état de 1558 lieux de culte encadrés par 1126 associations gestionnaires, et de 400 lieux où le culte est pratiqué sans assise associative.



zones urbaines et périurbaines, des besoins réels. Le cardinal Verdier l'avait bien compris dans les années 1930, qui avait lancé la formule des « chantiers du cardinal » pour atteindre l'objectif d'une église à moins de 800 mètres de chaque habitation ; cet objectif est loin d'avoir été atteint.

La question se pose de l'adéquation du **régime des congrégations** aux groupements de confession non catholique. Si la religion bouddhiste a pu sans difficulté s'insérer dans ce cadre, il n'est pas certain que les dispositions du titre III de la loi de 1901 et de son décret d'application, conçues par référence au culte catholique, soient adaptées à la reconnaissance de congrégations ressortissant à toutes les confessions. Si le Conseil d'État, par exemple, dans l'application du critère de subordination à l'évêque du diocèse (art. 20 du décret du 16 août 1901), a fait montre de souplesse dans l'interprétation des dispositions en vigueur, permettant ainsi la reconnaissance de congrégations bouddhistes, hindouistes ou chrétiennes non catholiques, il n'est pas certain qu'une telle évolution suffise à clore le débat. L'administration et le Conseil d'État n'ont pas encore eu à connaître de demandes de reconnaissance émanant de groupements musulmans. Or, il n'est pas certain que les critères appliqués actuellement en matière de reconnaissance à des congrégations soient adaptés à l'organisation des groupements, communautés ou confréries religieux musulmans.

En outre, le libéralisme dont fait preuve l'État vis-à-vis des groupements qui sollicitent une reconnaissance officielle pourrait trouver ses limites, notamment dans les cas d'organisations dont on peut craindre les dérives sectaires. Dès lors, l'application du titre III de la loi de 1901 pourrait se prêter à la critique, soit d'un prétendu rigorisme, soit d'un laxisme supposé qui ne manquerait pas d'être présenté comme discriminatoire.

L'insuffisance du nombre d'aumôniers, en particulier musulmans, est une autre difficulté. Alors que les aumôniers sont en principe choisis en concertation avec les autorités religieuses compétentes, la question du choix des personnes pour exercer ces fonctions est, dans le cas de la religion musulmane, compliquée par l'absence en son sein de structures hiérarchisées.

S'agissant des **associations ayant pour objet l'exercice du culte**, on peut regretter que la plupart des associations musulmanes aient été constituées sous le régime de la loi de 1901 et non de celle de 1905, ce qui permettrait de mieux distinguer le religieux du non-religieux. La suppression du régime d'autorisation préalable qui existait pour les associations étrangères avant la loi du 9 octobre 1981 a favorisé le recours aux associations de la loi de 1901, en dépit des avantages fiscaux et financiers dont bénéficient les seules associations culturelles régies par la loi de 1905. L'immense majorité des lieux de culte musulmans seraient gérés par des associations de la loi de 1901 ²⁷⁰. On peut estimer qu'une plus grande ouverture des associations de la loi de 1905 aux musulmans serait nécessaire et faciliterait notamment leur indépendance financière.

Le **régime juridique des ministres du culte** est lui aussi source de disparités considérées comme peu justifiées. Comme on l'a vu (cf. supra), pour l'impôt

270 - Rapport du Haut Conseil à l'intégration, *l'Islam dans la République*, novembre 2000.



sur le revenu, les pasteurs et les rabbins sont assujettis au titre des salaires, les ministres du culte catholique étant, pour leur part, soumis à l'impôt sur les bénéfices des professions non commerciales²⁷¹. Des particularismes demeurent aussi en matière de couverture sociale. Il reste que les différences entre régimes juridiques applicables aux ministres des cultes sont influencées par la nature des relations entre ceux-ci et leur culte.

2.2.2. Les autres difficultés aux yeux des diverses confessions

L'exigence, pour une **association culturelle**, d'avoir pour seul objet l'exercice du culte (cf. supra), qui entraîne des difficultés, notamment pour l'affectation des recettes et l'octroi des subventions, est contestée. Cette interprétation de la loi de 1905 est jugée par certains comme trop rigide, voire comme favorisant l'Église catholique. Elle n'inciterait pas certaines confessions, qui dans la pratique distinguent mal les frontières entre l'exercice exclusif du culte et des activités caritatives, sociales ou éditoriales par exemple, à recourir à la formule de l'association culturelle. Ces confessions se trouveraient de ce fait pénalisées car ne disposant pas alors des avantages financiers liés à cette forme juridique.

La Fédération protestante de France, en particulier, mais aussi certains représentants de l'Église catholique, font valoir que cette exigence, jointe à la règle selon laquelle les associations culturelles ne peuvent verser, sans donner lieu à perception de droits, le surplus de leurs recettes qu'à des associations constituées pour le même objet (art 19, cinquième alinéa de la loi de 1905), est à l'origine de difficultés rencontrées dans plusieurs domaines : le fonctionnement des services communs, les publications des Églises, l'action diaconale ou humanitaire ou le soutien aux missions ou aux Églises à l'étranger. À cela s'ajouteraient, selon la hiérarchie protestante, les restrictions à la constitution et au fonctionnement d'unions d'associations culturelles, ainsi que des exigences trop contraignantes s'agissant du montant du fonds de réserve des associations culturelles et de son affectation.

Dans l'affaire Commune de Saint-Louis c/Association « Siva Soupramanien de Saint-Louis » (Section, 9 octobre 1992) le commissaire du gouvernement F. Scanvic exposait les raisons de la jurisprudence du Conseil d'État sur cette question : des raisons de texte (l'article 2 de la loi de 1905), des raisons d'impossibilité pratique de contrôle, et enfin l'existence par ailleurs de solutions, consistant notamment à créer deux ou plusieurs associations. Une telle interprétation correspond tant à la lettre qu'à l'esprit de la loi de 1905. Elle facilite, en pratique, le respect de la règle selon laquelle la République « ne subventionne aucun culte ».

S'agissant des **congrégations**, par-delà la question de l'adaptation du régime des congrégations aux groupements de confession non catholique, certaines autorités religieuses demeurent hostiles à un régime juridique dont elles estiment qu'il s'accorde mal avec le droit canonique, voire s'immisce dans les

271 - Les honoraires de messe, réputés être le remboursement des frais du culte, ne sont pas imposés.



affaires religieuses ²⁷², certains juristes s'interrogeant également sur la légitimité de la pérennité d'une procédure empreinte, selon eux, de gallicanisme et d'une certaine défiance vis-à-vis des congrégations.

La procédure de reconnaissance légale des congrégations, qui restent soumises à des dispositions législatives ou réglementaires antérieures à la promulgation de la loi de séparation, demeure de fait marquée par le caractère régalien de la tutelle étatique. Malgré la séparation des églises et de l'État, ce dernier reste très impliqué dans la vie des congrégations. Il continue à les « reconnaître » et conserve ainsi un droit de regard sur leur existence juridique, leurs statuts, leur activité. De là, l'idée d'alignement du droit des congrégations sur le droit commun des associations. Il reste que le système actuel est lié au régime patrimonial favorable dont bénéficient les congrégations.

Le régime des **lieux de culte** manquerait de transparence. L'interdiction de subventions publiques favoriserait le recours à des montages financiers dont la compatibilité avec cette règle ne serait pas évidente. Sont citées à ce propos les solutions retenues pour certaines cathédrales ou mosquées, cas dans lesquels des fonds publics ont été versés dans le cadre de projets comprenant à la fois la construction d'un édifice culturel et celle d'un musée ou autre édifice, sans que la frontière entre le financement de chaque élément de l'opération soit clairement fixée. Le Conseil d'État a reconnu le caractère d'équipement public à un centre culturel islamique à Rennes, qui comportait une partie conçue comme un lieu de cérémonie culturelle et de prière et un pavillon destiné à l'enseignement religieux coranique ²⁷³. Toujours en raison de l'interdiction de subventions publiques, certaines communautés seraient poussées à recourir à des financements provenant de l'étranger dont l'apport a souvent été déterminant pour la construction d'édifices du culte musulman. Enfin, les refus de permis de construire des édifices culturels et l'exercice du droit de préemption seraient parfois liés à des considérations autres que l'urbanisme ou insuffisamment justifiés ²⁷⁴.

De façon récurrente, se pose en outre la difficulté due au fait que l'islam ne dispose pas, à proprement parler, d'un clergé au sens catholique du terme, c'est-à-dire de **ministres du culte** s'inscrivant dans une hiérarchie. « *L'islam ne connaît pas de ministres du culte "consacrés", selon une procédure ou une célébration précise. La qualification d'imam, ainsi que les missions qui leur sont confiées, ne sont pas strictement définies. Nombreux sont ceux qui (comme par exemple les "visiteurs") exercent des fonctions religieuses, sans pour autant pouvoir être appelés "imam". Le statut juridique des imams reste imprécis, tant au regard du droit français qu'en ce qui concerne leurs relations avec les autorités religieuses* » ²⁷⁵.

272 - Dans la mesure, par exemple, où ne peuvent être reconnues que les congrégations dont les statuts manifestent une certaine autonomie vis-à-vis des autorités étrangères, ou encore ne prévoient pas de vœux définitifs ou perpétuels.

273 - CE, Section, 12 février 1988, *Association des résidents des quartiers Portugal-Italie*, rec. p. 66. Voir conclusions, en sens contraire, du commissaire du gouvernement E. Guillaume.

274 - Cf. également, dans le cas d'une association, la décision du Conseil d'État du 6 octobre 1999, *Association tendance nationale union islamique de France et SCI tendance nationale union islamique en France*, rec. tab. p. 938.

275 - Brigitte Basdevant-Gaudemet, « Le statut juridique de l'Islam en France », *RDJ* 1996.



Le rôle polyvalent des imams, joint à l'éclatement de la communauté musulmane, contribuent à alimenter le débat sur l'enseignement de la théologie islamique et la revendication d'un **statut universitaire de cette théologie**²⁷⁶. Ont été ainsi évoquées la création d'une faculté de théologie musulmane²⁷⁷, la mise en place d'un établissement privé d'enseignement supérieur, sur le modèle de l'institut catholique de Paris, ou d'un centre de formation en théologie musulmane dans le cadre de l'université de Strasbourg. Cette question pourrait être revue à l'occasion d'une réflexion plus générale portant sur l'enseignement universitaire de la théologie.

Ainsi que le soulignait le rapport du Haut conseil à l'intégration, « l'Islam dans la République », en 2000, « *Les pouvoirs publics peuvent seulement créer les conditions permettant aux candidats à la fonction d'imam de trouver, en France, la formation nécessaire... Si l'État peut encourager la création d'institutions universitaires permettant d'enrichir la connaissance de la culture musulmane, il ne peut se substituer aux activités culturelles pour la formation des cadres religieux* ». Le Haut conseil à l'intégration relevait que l'offre de formation actuelle, Institut de formation des imams de la grande Mosquée de Paris, Institut européen des sciences humaines à Saint-Léger du Fougeret dans la Nièvre, créé sous l'égide de l'UOIF, Institut d'études islamiques de Paris créé à l'initiative de la FNMF, n'était guère adaptée aux besoins.

2.2.3. La recherche spirituelle hors du champ religieux traditionnel

Le Conseil d'État, lorsqu'il se prononce sur la reconnaissance du caractère cultuel d'une association, est conduit à connaître des nouveaux cultes et mouvements de spiritualité. Il a admis le caractère d'association culturelle de l'Association internationale pour la conscience de Krishna²⁷⁸. S'il a refusé de reconnaître ce caractère à d'autres associations, c'est en relevant qu'elles n'avaient pas pour unique objet l'exercice d'un culte, sans donc avoir à se prononcer sur le caractère cultuel des mouvements en cause. Ainsi pour l'association « *Fraternité des serviteurs du monde nouveau* » : « *Considérant qu'en admettant même que cette association ait aussi pour objet l'exercice d'un culte, il ressort des pièces du dossier qu'elle se consacre depuis sa création à l'édition et à la diffusion de publications doctrinales ; qu'ainsi, alors même qu'elle a pris la forme d'une association culturelle, elle n'a pas exclusivement un tel objet ; dès lors, elle n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le décret attaqué a confirmé la décision préfectorale lui refusant l'autorisation de recevoir un legs* »²⁷⁹.

Les décisions rendues à propos des témoins de Jéhovah illustrent bien cette jurisprudence. Par une décision d'Assemblée du 1^{er} février 1985²⁸⁰, à propos

276 - Émile Poulat.

277 - Voir notamment le rapport de François Baroin, *Pour une nouvelle laïcité*, avril 2003.

278 - CE, 14 mai 1982, *Association internationale pour la conscience de Krishna*, rec. p. 179.

279 - CE, 21 janvier 1983, *Association « fraternité des serviteurs du monde nouveau »*, rec. p. 18.

280 - CE, Ass, 1^{er} février 1985, *Association chrétienne des témoins de Jéhovah de France*, rec. p. 22, *RDP* 1985, p. 483, concl. F. Delon.



d'une demande d'annulation d'une décision préfectorale refusant l'autorisation d'accepter un legs universel, le Conseil d'État a considéré, s'agissant de l'association « Les témoins de Jéhovah de France », que « *les activités menées par l'association... sur la base des stipulations de ses statuts ne confèrent pas dans leur ensemble à l'association en raison de l'objet ou du caractère de certaines d'entre elles, le caractère d'une association culturelle au sens de la loi du 9 décembre 1905* ». Dans une décision de Section du 13 janvier 1993²⁸¹, le Conseil a considéré que les cérémonies qu'organisait la congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah en cause dans cette affaire caractérisaient l'exercice public d'un culte pour en déduire que les locaux affectés exclusivement à l'exercice public de ce culte ne pouvaient être assujettis à la taxe d'habitation. La Cour de cassation avait de son côté employé les termes de « religion des témoins de Jéhovah » dans un arrêt du 11 juin 1991. Enfin, conformément à son avis rendu le 24 octobre 1997 à la demande du tribunal administratif de Clermont-Ferrand²⁸², le Conseil d'État²⁸³ a confirmé un arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon qui avait jugé que l'objet statutaire et l'activité de l'association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom au cours de la période en cause avaient un caractère exclusivement cultuel et que ces activités ne portaient pas atteinte à l'ordre public.

En revanche, une association qui regroupe « *ceux qui considèrent Dieu comme un mythe* » n'a pas pour objet de subvenir à l'entretien d'un culte au sens de la loi de 1905²⁸⁴. De même, les activités de recherche spirituelle ne se rattachant pas à un culte identifié comme tel ne sont pas réputées pouvoir bénéficier des mêmes avantages fiscaux que les associations culturelles créées en vue de l'exercice de cultes plus ou moins traditionnels.

Cette situation fait l'objet de critiques à une époque où, malgré le renouveau des grandes religions, on assiste à un foisonnement de la recherche spirituelle hors du champ de ces religions. Aux yeux de certains, elle introduirait de surcroît, entre les différents registres des convictions humaines, une ou plusieurs coupures. Il reste que la frontière entre les associations pouvant relever de la loi de 1905 et les autres n'est pas aisée à délimiter (cf. infra).

2.3. Les autres aspects de la liberté religieuse

L'adhésion à une religion ou à une spiritualité ne se traduit pas seulement par l'exercice d'un culte. On ne peut donc considérer qu'il est, du seul fait de

281 - CE, Sect, 13 janvier 1993, *Ministre du Budget c/congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah du Puy*, rec. p. 10.

282 - CE, avis, Ass, 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*.

283 - CE, 23 juin 2000, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, rec. p. 372.

284 - CE, 17 juin 1988, *Union des Athées*, rec. p. 247.



l'existence de règles appropriées en ce domaine, satisfait à l'exigence de liberté religieuse.

Tout en saluant la « *neutralité ouverte et bienveillante* » que l'État a su développer au fil des temps et en soulignant que le nouveau dialogue État-religion qui, à son sens, devrait se nouer, ne requiert pas l'abrogation de la loi de 1905 ni même sa révision, le grand rabbin de France constate : « *Cette évolution a une contrepartie : la vision réductrice de la liberté religieuse que l'État a peu à peu imposée par le droit positif. Il s'est en effet réservé le droit de décider souverainement des contours de la "matière religieuse", et celle-ci est réduite comme peau de chagrin* »²⁸⁵.

L'islam, davantage peut-être que d'autres croyances, persiste à comporter aujourd'hui, alors que ce n'est plus le cas d'autres religions, des dimensions à la fois religieuses, culturelles et sociales, étroitement imbriquées, situation souvent invoquée pour faire ressortir la difficulté que comporterait son inscription dans le cadre juridique existant. Il est indispensable de faire, à cet égard, le départ entre les revendications (jeûne du Ramadan, célébration de l'Aïd el Kebir) qui doivent être interprétées comme portant sur l'exercice de la liberté religieuse au sens large, et celles qui peuvent ou doivent être regardées comme relevant d'un registre différent. Les comportements religieux posant des problèmes d'ordre public appellent au surplus, de quelque registre qu'ils relèvent, un encadrement par l'État.

2.3.1. Le respect des prescriptions et des rites

Les difficultés que peut générer le respect des prescriptions et des rites des différentes confessions supposent une conciliation entre la liberté religieuse et le respect des règles qui s'imposent à tous.

Les abattages rituels et les interdits alimentaires

Les solutions adoptées pour permettre l'abattage rituel d'animaux constituent un exemple de cet effort de conciliation entre la liberté de culte et le respect des règles de sécurité sanitaire. Un encadrement juridique a été institué pour l'organisation des abattages rituels prévus par les religions juive et musulmane, qui vont à l'encontre du principe selon lequel l'animal à abattre doit, après immobilisation, être préalablement étourdi. Tant la Convention européenne sur la protection des animaux d'abattage du 10 mai 1979 que le droit communautaire et le droit interne autorisent l'abattage rituel. Mais à certaines conditions.

Faisant suite à un décret du 1^{er} octobre 1980, modifié en 1981, le décret n° 97-903 du 1^{er} octobre 1997 transpose la directive 93/119/CE du Conseil des communautés du 22 décembre 1993 sur la protection des animaux au moment de leur abattage ou de leur mise à mort. L'article 8 de ce décret prévoit une dérogation à l'obligation d'étourdissement avant la mise à mort. L'abattage

285 - Le grand rabbin de France, « L'État et les religions en France », *Réflexions et perspectives*, 2003.



rituel doit intervenir en abattoir, et il ne peut être effectué que par des sacrificateurs agréés par l'État. Le décret prévoit cependant (art. 13) que si « *aucun organisme religieux n'a été agréé, le préfet du département dans lequel est situé l'abattoir utilisé par l'abattage rituel peut accorder des autorisations individuelles sur demande motivée des intéressés* ». La méconnaissance des règles établies par le décret est passible de peines contraventionnelles.

Pour la religion musulmane, les organismes religieux agréés sont la grande Mosquée de Paris et les Mosquées de Lyon et d'Évry. Pour la religion juive, c'est l'Association consistoriale israélite de Paris, et elle seule, qui a reçu l'agrément pour l'ensemble de la France. Le Conseil d'État a jugé que l'Association culturelle israélite Cha'are Shalom Ve-Tsedek²⁸⁶ ne présentait pas le caractère d'organisme religieux au sens de l'article 10 du décret du 1^{er} octobre 1980 et pouvait dès lors se voir refuser l'agrément qu'elle sollicitait²⁸⁷. La Cour européenne des droits de l'homme, saisie d'un contentieux concernant cette même association, a considéré que la réglementation française sur l'abattage rituel était conforme aux exigences de la Convention²⁸⁸.

Dans la pratique, le respect de la condition d'abattage en abattoir est cependant d'application peu aisée. C'est à l'occasion de la fête musulmane de l'Aïd el Kébir que les difficultés sont particulièrement évidentes. Les ministres de l'Intérieur et de l'Agriculture adressent chaque année aux préfets une circulaire les incitant à « *concilier le profond attachement des musulmans à l'accomplissement de ce rite avec les dispositions réglementaires en matière de santé publique, de protection animale et de respect de l'environnement* »²⁸⁹.

Mais le respect de ces règles est délicat en raison de l'insuffisance du nombre d'abattoirs et de la réticence à y recourir. La solution retenue, qui consiste, outre la recherche d'établissements susceptibles de répondre aux demandes dans les régions les mieux pourvues, à permettre l'aménagement d'abattoirs temporaires, n'est pas très satisfaisante et il reste difficile de faire échec aux abattoirs clandestins. Selon certaines critiques, les autorisations individuelles seraient fréquemment refusées et soumises par les services vétérinaires à des contraintes qui compromettraient le caractère religieux et familial de la cérémonie²⁹⁰. En outre se pose la question de l'organisation du marché de la viande provenant de l'abattage rituel.

De façon générale, le Conseil d'État veille au maintien de conditions strictes pour l'abattage rituel tout en appliquant sa méthode traditionnelle de recherche d'une conciliation entre le maintien de l'ordre et le respect des libertés garanties par les lois. Selon sa jurisprudence, il appartient au ministre de l'Intérieur d'apprécier si l'organisme qui demande l'agrément est en mesure de veiller à ce que l'abattage des animaux soit assuré par les sacrificateurs qu'il habilite-

286 - Association qui entend pratiquer l'abattage selon des modalités plus strictes que celles employées par les sacrificateurs habilités par le Consistoire central de Paris.

287 - CE, 25 novembre 1994, *Association culturelle israélite Cha'are Shalom Ve-Tsedek*, rec. p. 509.

288 - CEDH, *Cha'are Shalom VeTsedek c/France*, 27 juin 2000.

289 - Circulaire du 13 novembre 2002.

290 - Rémy Leveau et Abdelkader Zghal, « Islam et laïcité en France », *Études*, mai 1989, p. 679.



rait dans des conditions conformes à l'ordre public²⁹¹. Le Conseil a annulé une circulaire du 1^{er} mars 2000 qui admettait qu'il puisse être dérogé au caractère impératif des abattages en abattoir « *lorsqu'il ressortira de l'expérience de l'année antérieure qu'aucun abattoir à proximité n'est capable de répondre à la demande...* »²⁹².

La question des **interdits alimentaires** a également donné lieu à la recherche de solutions pratiques. Si aucun texte ne vient réglementer la prise en compte de ces interdits dans les cantines, des circulaires recommandent d'en tenir compte. Ainsi, dans l'enseignement, le ministre de l'Éducation préconise par voie de circulaire la prise en compte dans les cantines des « *habitudes et des coutumes alimentaires familiales, notamment pour les enfants d'origine étrangère* »²⁹³. Cependant, certaines municipalités ont pu, non sans arrière-pensée, en invoquant des raisons financières, cesser de prendre en compte dans les cantines scolaires ces interdits alimentaires²⁹⁴. Dans l'armée, la nourriture hallal est assurée. Dans les prisons, le porc est exclu des repas pour les musulmans mais il n'y a pas de nourriture hallal. Les détenus israélites peuvent manger de la nourriture cachet mais en assumant eux-mêmes la charge financière. La commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, dans son rapport rendu public le 11 décembre 2003, se prononce pour la recherche d'accommodements pour concilier, dans le cadre de la restauration collective, les exigences religieuses en matière alimentaire et le bon fonctionnement du service. Il s'agit d'un domaine dans lequel des progrès peuvent vraisemblablement être réalisés.

Les questions relatives aux sépultures et aux cimetières ont également nécessité la recherche de solutions pragmatiques

En matière de funérailles, le principe est celui du respect de la volonté du défunt. Aux termes de la loi du 15 novembre 1887 relative à la liberté des funérailles : « *Tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sépulture* ». Ces dispositions ont été interprétées comme permettant au juge de tenir compte par tous moyens de la volonté du défunt²⁹⁵, même en l'absence de testament.

Aux termes de l'article L. 2213-7 du Code général des collectivités territoriales²⁹⁶, il est interdit d'établir des distinctions ou des prescriptions particulières à raison des croyances ou du culte du défunt, ou des circonstances qui ont accompagné sa mort. L'institution de carrés confessionnels dans les cime-

291 - CE, 20 décembre 1985, *Communauté israélite orthodoxe de Paris* ; 2 mai 1973, *Association culturelle des israélites nord-africains de Paris*, rec. p. 313

292 - CE, 10 octobre 2001, *Association « œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs »*.

293 - Note de service n° 82-598 du 21 décembre 1982.

294 - Cf. Tribunal administratif de Marseille, 26 novembre 1996, *M^{mes} Zitoussi, Ghribi et autres c/commune de Marignane*, Conseil d'État, juge des référés, ordonnance du 25 octobre 2002, *M^{me} Renault*.

295 - *Traité du droit français des religions*, p. 482., Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1982, *Époux Ameye c/veuve Ameye* JCP 1983, VI, 33.

296 - Le Code général des collectivités territoriales codifie largement la loi du 15 novembre 1887.



tières n'est donc pas possible en droit. Toutefois, en pratique, les carrés confessionnels sont admis et même encouragés par les pouvoirs publics afin de répondre aux demandes des familles, de confession musulmane notamment²⁹⁷, de voir se créer dans les cimetières des lieux d'inhumation réservés à leurs membres. Des circulaires du ministre de l'Intérieur ont indiqué, d'abord pour les Français de confession musulmane (circulaire du 28 novembre 1975), puis pour tous les défunts de cette confession (circulaire du 14 février 1991), que les maires pouvaient procéder à « *des regroupements de fait des sépultures, sous réserve que la neutralité du cimetière soit alors particulièrement préservée, tant en ce qui concerne l'aspect extérieur des parties publiques que la possibilité laissée aux familles de toutes religions de s'y faire inhumer* ». La circulaire du 14 février 1991, qui rappelle qu'il n'y a de cimetière que communal, précise que si un tel espace ou carré a été réservé par la commune, l'inhumation dans cet emplacement doit résulter de la volonté exprimée du défunt, ou de la demande de la famille ou de toute personne habilitée à régler les funérailles. Le maire doit se borner à enregistrer ce vœu. Il ne lui appartient pas de vérifier auprès d'une autorité religieuse ou non la qualité de musulman du défunt.

La création de regroupements de fait dans les cimetières ne règle cependant pas toutes les questions liées aux prescriptions rituelles en matière d'inhumation, qui peuvent se heurter aux règles applicables : les règles de sécurité sanitaire ne permettent pas de respecter les préceptes islamiques selon lesquels le corps doit reposer en pleine terre ; l'interdiction par l'Islam de l'exhumation des défunts est source de difficultés, lors des déplacements des os en ossuaire, ou de changement de titulaire des concessions, qui ont parfois donné lieu à des heurts²⁹⁸.

La question du port du foulard, prescription selon les uns, simple pratique traditionnelle selon d'autres, perçue par certains comme imposée à celles qui le portent, est également source de difficultés : ainsi, comme on l'a vu lorsqu'est en jeu la neutralité du service public ou, comme on le verra plus loin, le respect de la laïcité à l'école ou à l'université. La question se pose également pour les **photographies d'identité**.

Une circulaire du 13 mars 1991 du ministre de l'Intérieur sur l'établissement de la demande de passeports, dont l'instruction générale sur les titres de voyage, non publiée, émise en 1996 par le ministre des Affaires étrangères n'était que la réplique, prévoyait que « *les femmes appartenant à un ordre religieux sont autorisées à déposer des photographies les représentant avec une coiffe de leur ordre. Les femmes de confession islamique sont autorisées à déposer des photographies les représentant la tête couverte d'un voile ou d'un foulard, à condition que leur visage apparaisse totalement découvert et parfaitement identifiable. La photographie doit en conséquence permettre de voir l'intégralité du visage, celui-ci devant être dégagé jusqu'à hauteur de la*

297 - Selon les préceptes de l'islam, le corps doit reposer la poitrine tournée vers La Mecque.

298 - En particulier au cimetière de Bobigny, seul cimetière de fait musulman, créé par un décret du 4 janvier 1934 comme lieu d'accueil des personnes décédées à l'hôpital Avicenne franco-musulman de Bobigny, HCI, rapport 2000 « l'Islam dans la République ».



racine des cheveux qui l'encadrent »²⁹⁹. Par une décision du 9 juin 1999, *Melle Bouayad*, le Conseil d'État a censuré l'administration pour avoir subordonné la délivrance d'un passeport à la fourniture par le demandeur d'une photographie d'identité le représentant tête nue, obligation qui ne résultait alors d'aucune disposition législative ou réglementaire. Un décret n° 99-973 du 25 novembre 1999, modifiant le décret n° 55-1397 du 22 novembre 1955, exige, à l'appui de la demande de carte nationale d'identité, des photographies de face, tête nue, récentes et parfaitement ressemblantes³⁰⁰.

Le Conseil d'État a été appelé à se prononcer sur la légalité de ces dispositions. Le requérant soutenait qu'en interdisant aux femmes de confession musulmane le port du voile sur les photographies d'identité, elles portaient atteinte à la liberté religieuse et à la liberté de conscience garanties par l'article 9 de la CEDH et l'article 1^{er} de la loi de 1905. Le Conseil d'État, relevant que le port du voile ou du foulard, par lesquels les femmes de confession musulmane peuvent entendre manifester leurs convictions religieuses, peut faire l'objet de restrictions notamment dans l'intérêt de l'ordre public, a estimé que les dispositions attaquées, qui visent à limiter les risques de falsification et d'usurpation d'identité, ne sont pas disproportionnées au regard de cet objectif, ne méconnaissent donc pas les textes invoqués et ne portent atteinte ni à la liberté religieuse ni à la liberté de conscience que ces textes garantissent³⁰¹.

S'agissant des fêtes religieuses, aucun texte ne vient imposer leur prise en compte pour l'organisation des activités privées ou publiques. La pratique administrative et la jurisprudence sont venues tracer des lignes générales.

Dans la fonction publique, des circulaires du ministre chargé de la Fonction publique indiquent que les chefs de service peuvent accorder à leurs agents une autorisation pour participer à une fête religieuse correspondant à leur confession, dans la mesure où cette absence est compatible avec le fonctionnement normal du service³⁰². Il s'agit d'une faculté d'octroi et non d'un droit pour l'agent. Le Conseil d'État estime que commet une erreur de droit un chef de service qui refuse par principe toute autorisation d'absence pour participer à une fête religieuse autre que l'une des fêtes religieuses légales en France, alors qu'il lui appartenait d'apprécier si l'octroi d'une autorisation d'absence était ou non compatible avec les nécessités de fonctionnement normal du service³⁰³. Mais aucun texte ne donne à un agent de la Banque de France un

299 - Cf. conclusions de B. Martin-Laprade dans l'affaire *Bouayad*, CE, 9 juin 1999. Le Conseil d'État n'a pas suivi les conclusions de son commissaire du gouvernement, qui voyait une base légale suffisante dans les dispositions de l'article 2 du décret de l'assemblée législative des 1^{er} février et 28 mars 1792, aux termes duquel « *les passeports contiendront le nom des personnes auxquelles ils seront délivrés, leur âge, leur profession, leur signalement, le lieu de leur domicile et leur qualité de Français ou d'étranger* ».

300 - Le décret n° 2001-185 du 26 février 2001 prévoit les mêmes exigences pour les passeports. Voir CE, 24 octobre 2003, *M^{me} Benchemackh*.

301 - CE, 27 juillet 2001, *Fonds de défense des musulmans en justice*, rec. p. 400.

302 - Cf. par exemple circulaire du 24 novembre 2003, qui rappelle en annexe que les principales fêtes catholiques et protestantes sont prises en compte au titre du calendrier des fêtes légales et donne la liste des principales fêtes orthodoxes, arméniennes, musulmanes, juives et bouddhistes.

303 - CE, 12 février 1997, *Melle Henny*, rec. tab. p. 891.



droit à l'octroi d'une autorisation d'absence demandée pour la célébration de la mort à Rome le 17 février 1600 de Giordano Bruno³⁰⁴.

Le Conseil d'État a déjà admis, mais dans un contexte très particulier, que des jours de fêtes légales correspondent à des dates différentes pour les agents musulmans et non musulmans, en fonction de leurs fêtes religieuses, dispositions inscrites dans le règlement intérieur de la Compagnie des Tramways électriques d'Oran³⁰⁵. Il a estimé que « *cette disposition n'a pas pour effet d'accorder des avantages inégaux à deux catégories d'agents d'origines différentes, mais consiste seulement à adapter le régime des fêtes chômées et payées aux usages et convenances propres à la majorité de chaque communauté de citoyens* », mais en relevant qu'une telle adaptation se rattachait aux principes énoncés à l'article 3 de la loi du 20 septembre 1947 portant statut organique de l'Algérie, au terme duquel : « *Tous les citoyens qui n'ont pas expressément renoncé à leur statut personnel continuent à être régis par leurs droits et par leurs coutumes en ce qui concerne leur état*³⁰⁶ ».

Dans l'enseignement, s'il est clairement impossible, en pratique, de tenir compte de l'ensemble des fêtes religieuses pour établir le calendrier, la possibilité d'accorder de façon ponctuelle des autorisations d'absence est admise. Aux termes de la circulaire du 12 décembre 1989 du ministre de l'Éducation nationale : « *Le caractère obligatoire des enseignements n'interdit toutefois pas que, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, certaines autorisations soient accordées à titre exceptionnel et pour certains jours particuliers dans la mesure où ils correspondent à des fêtes religieuses, s'inscrivant dans un calendrier établi au plan national, et sans qu'il en résulte des perturbations du déroulement de la scolarité* ».

La liberté de conscience, de pensée et de religion doit se concilier avec l'**obligation d'assiduité scolaire**. Ici encore, la jurisprudence a cherché à faire œuvre de pragmatisme. Si le Conseil d'État, dans son avis du 27 novembre 1989, rappelle que la liberté reconnue aux élèves d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses ne doit pas porter atteinte à l'obligation d'assiduité, il considère que des autorisations d'absence peuvent être accordées dès lors qu'elles sont compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes aux études et avec le respect de l'ordre public dans l'établissement. Les dispositions du décret du 30 août 1985, modifié par un décret de 1991, qui prévoient notamment que « *l'obligation d'assiduité mentionnée à l'article 10 de la loi du 10 juillet 1989 consiste, pour les élèves, à se soumettre aux horaires d'enseignement définis par l'emploi du temps de l'établissement* » ne portent pas atteinte à la liberté religieuse garantie aux élèves dès lors qu'elles n'interdisent pas aux élèves qui en font la demande de bénéficier individuellement des autorisations d'absence³⁰⁷. Mais les contraintes inhérentes au travail des élèves en classe de mathématiques supérieures font obstacle à une dérogation systématique de présence le samedi, jour du Shabbat, dès lors que le

304 - CE, 3 juin 1988, *M^{me} Barsacq-Adde*, rec. p. 227.

305 - CE, 16 mars 1962, Section, *Compagnie des Tramways électriques d'Oran*, rec. p. 176.

306 - Loi n° 47-1853 du 20 septembre 1947, *JORF* du 21 septembre 1947.

307 - CE, Ass, 14 avril 1995, *Consistoire central des israélites de France*, rec. p. 168, concl. Y. Aguila.



programme comportait un nombre important de cours et de contrôles de connaissances le samedi matin. D'où la légalité du refus d'inscription au motif que l'élève ne pourrait bénéficier d'une telle dérogation³⁰⁸. Il s'agit d'une faculté laissée aux chefs d'établissements, toutefois encadrée par de strictes limites.

Cette solution a fait l'objet de critiques, des commentateurs considérant que le système de dérogations ponctuelles et individuelles n'est pas complètement satisfaisant, tout en reconnaissant cependant que cette jurisprudence présente « *le grand avantage de renvoyer aux acteurs sociaux le soin d'aménager l'exercice de la liberté religieuse, ce qui permet d'établir des solutions qui tiennent compte des réalités concrètes*³⁰⁹ ». Le grand rabbin de France considère que « *Nous avons, de temps à autre, le retour d'une vision passéiste de la laïcité, lorsque, par exemple, il y a des examens le jour du Shabbat, jour où un juif ne peut ni écrire, ni travailler* »³¹⁰.

L'article L. 222-1 du Code du travail énumère les fêtes légales, parmi lesquelles figurent des fêtes religieuses chrétiennes. C'est par le biais de dispositions collectives (règlement intérieur) ou individuelles (contrat de travail, autorisations ponctuelles, horaires) que des aménagements sont trouvés pour les autres fêtes (cf. infra).

Le respect du jour du Shabbat, outre la question de l'impossibilité pour les personnes de confession juive de travailler, pose également le problème récurrent des digicodes et interphones, la religion juïque prescrivant l'interdiction de la mise en œuvre de toute forme d'énergie pendant cette période. Par un arrêt du 18 décembre 2002, la Cour de cassation, cassant un arrêt de la cour d'appel de Paris enjoignant à un propriétaire d'un immeuble d'installer une serrure mécanique sur l'un des accès à cet immeuble et de remettre une clé aux résidents en faisant la demande, a jugé que « *les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique*³¹¹ ». Il reste qu'en pratique il ne devrait pas s'avérer très difficile de prévoir l'installation de serrures mécaniques aux frais des demandeurs.

2.3.2. La médecine, la bioéthique et la religion

Le domaine médical pose la question de **la difficile frontière entre les préoccupations de santé publique et le respect des croyances.**

Les convictions religieuses ne sont admises, lorsqu'elles mettent en cause le corps humain, que dans la mesure où elles sont acceptables au regard du principe de sauvegarde de l'intégrité physique de la personne et du droit applicable.

308 - CE, Ass, 14 avril 1995, *Kaen*, rec. p. 171, concl. Y. Aguila.

309 - P.-H. Prélot, *Les religions et l'égalité en droit français*, RDP, 2001. Le rapport du HCI de novembre 2000 (p. 51) constatait que, dans le collège Edgar Quinet, dans le centre de Marseille, seuls 32 élèves sur 650 étaient venus en classe le jour de l'Aïd el Kebir en 1999.

310 - Le grand rabbin de France, « L'État et les religions en France », *Réflexions et perspectives*.

311 - Cass. civ, 18 décembre 2002, *Amar et autres*.



Le bénéfice de la **clause de conscience**, sans que cela soit expressément lié aux croyances religieuses, est reconnu pour le personnel médical dans le cas d'interruption volontaire de grossesse³¹² et de stérilisation à des fins purement contraceptives³¹³. Mais des limites existent : la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception supprime la possibilité, pour le chef de service d'un établissement de santé publique, de refuser que son service assume la responsabilité d'IVG et fasse obstacle à ce que d'autres que lui procèdent à des IVG dans ce service. La constitutionnalité de ces dispositions a été confirmée³¹⁴.

Le **consentement du patient** est un autre aspect des problèmes posés par la conciliation entre croyances et acte médical, ainsi par exemple dans le cas de transfusions sanguines pour les Témoins de Jéhovah³¹⁵. Il n'y a pas de hiérarchie préétablie entre la volonté libre et réfléchie du malade et l'obligation de sauver la vie. La jurisprudence considère que ne commet pas de faute de nature à engager la responsabilité du service public le médecin qui, quelle que soit son obligation de respecter la volonté du patient fondée sur ses convictions religieuses, a choisi, compte tenu de la situation extrême dans laquelle celui-ci se trouvait, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état³¹⁶. De même, des transfusions sanguines peuvent être administrées à des enfants dont les parents refusent la pratique pour des raisons religieuses³¹⁷. Le Conseil d'État n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer au regard des dispositions de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, codifiées à l'article L 1111-4 du code de la santé publique³¹⁸, si ce n'est dans une affaire de référé³¹⁹. Autre jurisprudence, dans un but de santé publique, un salarié ne saurait s'opposer à une visite médicale dans le cadre de la médecine préventive du travail en invoquant des convictions religieuses³²⁰.

Pratique religieuse admise, la circoncision rituelle ne fait l'objet d'aucun texte si ce n'est en Alsace-Moselle, l'article 10 du décret impérial du 29 août 1862

312 - Article L 2212-8 du Code de la santé publique.

313 - Article 26 de la loi du 4 juillet 2001.

314 - Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC.

315 - Aux termes de l'article 16-3 du Code civil « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.* ».

316 - CE, Ass. 26 octobre 2001, M^{me} X.

317 - CE, 3 juillet 1996, *Paturel c/Premier ministre*, rec. p. 256.

318 - « *Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de son choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.* ».

319 - CE, juge des référés, 16 août 2002 : « *Les médecins ne portent pas à (la liberté fondamentale protégée) par les dispositions de l'article 16-3 du code civil et celles de l'article L 1111-4 du code de la santé publique, une atteinte grave et manifestement illégale lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre le patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état.* »

320 - Cass. Soc, 29 mai 1986, Dr. soc. 1986, p. 788.



disposant que : « *le mohel* ³²¹ doit être pourvu d'un certificat délivré par un docteur en médecine ou chirurgie, désigné par le préfet, et constatant que l'impétrant offre au point de vue de la santé publique toutes les garanties nécessaires ». Dans la pratique, la circoncision est très largement médicalisée, c'est-à-dire effectuée par des médecins et le plus souvent en milieu hospitalier ³²². Aux termes de la jurisprudence du Conseil d'État, le principe de la responsabilité sans faute du service public hospitalier s'étend à une circoncision rituelle, alors même que l'acte médical a été pratiqué lors d'une intervention dépourvue de fin thérapeutique ³²³. La circoncision ne fait pas l'objet d'un remboursement par la sécurité sociale, sauf motivation thérapeutique.

En revanche, l'excision, mutilation sexuelle imposée aux petites filles ou aux jeunes filles, tradition observée en particulier par des communautés africaines et à propos de laquelle la liberté religieuse est parfois invoquée ³²⁴ comme justification, est considérée par la chambre criminelle de la Cour de cassation comme une mutilation relevant à ce titre des articles 222-9 et 222-10 du nouveau Code de procédure pénale, et donc passible de 15 ans de réclusion criminelle ³²⁵. De même, la Commission des recours des réfugiés admet qu'une femme exposée à une excision est fondée à se prévaloir de la qualité de réfugiée si elle ne peut se réclamer de la protection des autorités de son pays d'origine ³²⁶.

À l'hôpital, la demande de se faire soigner par un médecin du même sexe ne saurait primer sur les contraintes de l'organisation du service. De même, le port du voile par les patientes ne saurait prévaloir sur les exigences liées aux conditions et à la nature des soins.

Plus généralement, l'évolution des techniques médicales et donc de la législation applicable dans le domaine de la bioéthique peut heurter certaines convictions religieuses. Le statut de l'embryon, et particulièrement les recherches sur l'embryon, le clonage thérapeutique, les prélèvements d'organes, la brevetabilité dans certaines conditions d'éléments du corps humain, les droits de l'enfant à naître dans le cadre de la procréation médicalement assistée, sont autant de difficiles questions de nature à susciter des réactions qui peuvent être liées aux croyances. Ainsi que le relevait par exemple le rapport du Conseil d'État sur les lois de bioéthique publié en 1999, la question du statut de l'embryon, « *une question éthique et scientifique complexe qui demeure largement soumise aux convictions de chacun... symbolise probablement, à elle seule, les tensions et la difficulté du débat éthique suscité par le développement des sciences de la vie* » ³²⁷.

321 - Le mohel a pour fonction, dans le culte israélite, d'opérer la circoncision des enfants.

322 - *Traité de droit français des religions*, p. 998.

323 - CE, Sect, 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, rec. p. 412.

324 - Pierre-Henri Prélôt, « Les religions et l'égalité en droit français », *RDP* n° 3, 2001.

325 - Cass. crim., 9 mai 1990, D. pén. 1990, comm. n° 291 ; arrêt de la cour d'assises de Paris, 18 février 1999, *Hawa Greou*.

326 - CRR, 18 septembre 1991, *Diop*. CRR, SR, 7 décembre 2001, *Sissoko* : reprenant les principes consacrés par le Conseil d'État (CE, 23 janvier 1997, *O.*), la Commission a confirmé et précisé la notion d'appartenance à un groupe social, en y incluant des parents qui se trouvent exposés, en raison de leur refus de soumettre leur fille à la pratique de l'excision, tant à des violences dirigées contre leurs personnes et volontairement tolérées par les autorités publiques qu'au risque que leur enfant soit excisée contre leur volonté.

327 - *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, coll. « Les études du Conseil d'État », La Documentation française, 1999.



Enfin, la question des actes d'euthanasie active considérés comme incompatibles avec le droit applicable³²⁸, si elle devait évoluer, susciterait vraisemblablement des réactions liées en particulier aux convictions religieuses ou philosophiques. Si l'on devait légiférer sur cette question, la conciliation entre ces convictions et les lois de la République risque de s'avérer délicate.

2.3.3. L'enseignement et la religion

La liberté de l'enseignement est un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

L'enseignement est un point d'ancrage sensible de la laïcité et l'école un lieu révélateur des questions posées par la cohabitation entre croyances. Résultante de textes clés et d'une jurisprudence pragmatique et libérale, l'équilibre trouvé n'est pas à l'abri de soubresauts. La querelle scolaire a souvent été une brèche importante dans l'apaisement autour de la laïcité.

Après la séparation des Églises et de l'État, de nouveaux textes complètent les grandes lois de la fin du siècle précédent. Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame que « *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture* » et que « *L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* », sans se prononcer sur la liberté de l'enseignement. Mais, dans l'esprit des défenseurs de cette liberté, la référence dans le préambule aux « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » compensait cette absence³²⁹. Le Conseil constitutionnel, en 1977, leur donnera raison³³⁰.

La loi Astier du 25 juillet 1919 consacre la liberté de l'enseignement technique. Après la seconde guerre mondiale, la loi Marie du 21 septembre 1951 permet aux élèves de l'enseignement libre de bénéficier des bourses de l'enseignement secondaire et la loi Barangé du 28 septembre 1951 prévoit l'attribution, à tout chef de famille ayant des enfants dans l'enseignement du premier degré, d'une allocation de 1 000 F par enfant et par trimestre.

La loi Debré du 31 décembre 1959, dont l'essentiel des dispositions demeure aujourd'hui applicable, ouvre une nouvelle phase pour la liberté de l'enseignement³³¹. Dans la période de l'après-guerre, les difficultés financières des établissements privés, la précarité croissante de la situation sociale et matérielle du personnel laïc et la forte croissance démographique, ont fait qu'il pouvait paraître préférable, pour l'État, d'aider l'enseignement privé. La loi de 1959 est fondée sur l'idée d'obligations et de droits réciproques entre l'État et les établissements, par des contrats, plus ou moins contraignants, selon qu'il s'agit de contrats simples ou de contrats d'association. L'État assure la rémunération des enseignants dans les deux cas, et, pour les contrats d'association, les dépenses de fonctionnement « *dans les mêmes conditions que celles des classes correspondantes de l'enseignement public* ». Les établissements sont soumis au contrôle de l'État en contre-

328 - Cf. notamment CE, 29 décembre 2000, *M. Duffau*.

329 - G. Bedouelle et J-P. Costa, *Les laïcités à la française*, op. cité, p. 94.

330 - Conseil constitutionnel, 23 novembre 1977, n° 77-87 DC, rec. p. 42.

331 - Marie-Ève Aubin, « La question de la liberté de l'enseignement », *La Revue administrative*, 1999.



partie de l'aide financière ainsi apportée. Tous les enfants sans distinction d'origine, d'opinion ou de croyance, doivent avoir accès à ces établissements³³². Un secteur entièrement « libre » subsiste par ailleurs, avec pour seule formalité une déclaration lors de l'ouverture, le pouvoir de l'administration de s'y opposer ne pouvant se fonder que sur des contrôles liés à la moralité du directeur et aux titres exigés ou à la salubrité des locaux. L'élaboration de cette loi a entraîné de vives réactions : la pétition du comité national d'action laïque avait recueilli près de onze millions de signatures pour son abrogation³³³.

La loi du 31 décembre 1959 ne fut pas le dernier épisode agité dans l'histoire de l'enseignement. La loi du 25 novembre 1977 dite loi Guerneur renforce les obligations financières de l'État à l'égard de l'enseignement privé ainsi que la notion de « caractère propre » des établissements. C'est à l'occasion de l'examen de cette loi, qui lui avait été déferée, que le Conseil constitutionnel fait figurer la liberté de l'enseignement parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République³³⁴, en se référant à la loi du 31 mars 1931 qui définissait déjà cette liberté comme l'un des « principes fondamentaux de la République ». Il précise cependant que l'obligation imposée aux maîtres de respecter le caractère propre de l'établissement, si elle leur fait un devoir de réserve, ne saurait être interprétée comme permettant une atteinte à leur liberté de conscience³³⁵.

Les tensions renaissent en 1984, avec la tentative de création d'un grand service unifié et laïque de l'Éducation nationale, projet qui entraîne la manifestation de juin 1984 et que le gouvernement décide de retirer. La loi du 25 janvier 1985, moins ambitieuse, « gomme les aspérités de la loi Guerneur »³³⁶.

Tout au long du XX^e siècle, le Conseil d'État, par sa **jurisprudence**³³⁷, a joué un grand rôle dans l'interprétation des règles applicables en matière d'enseignement, consolidant l'équilibre voulu par le législateur. Ayant à traiter de nombreux contentieux nés de l'application de la loi de 1904 qui interdisait à toutes les congrégations l'enseignement « de tout ordre et de toute nature », il

332 - Selon les indications données par des représentants de l'Union nationale des associations de parents d'élèves de l'enseignement libre à la mission d'information de l'Assemblée nationale sur la question du port des signes religieux à l'école, les écoles privées catholiques scolariseraient environ 10 % d'enfants musulmans ou d'origine musulmane.

333 - G. Bedouelle et J.-P. Costa, *Les laïcités à la française*, op. cité, p. 98.

334 - Cons. const, décision n° 77-87 du 23 novembre 1977 : « *Considérant que le principe de la liberté de l'enseignement, qui a notamment été rappelé à l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931, constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle... que l'affirmation par le même préambule de la Constitution de 1946 que "l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État" ne saurait exclure l'existence de l'enseignement privé, non plus que l'octroi d'une aide de l'État à cet enseignement dans des conditions définies par la loi...* »

335 - Le Conseil d'État considère que les règlements intérieurs des établissements doivent rappeler que le respect du caractère propre de l'établissement ne doit pas permettre qu'il soit porté atteinte à la liberté de conscience des personnels et que les obligations doivent s'apprécier en tenant compte des fonctions exercées (CE, 20 juillet 1990, *Association familiale de l'externat St-Joseph, c/Vivien et autres*).

336 - G. Bedouelle et J.-P. Costa, *Les laïcités à la française*, op. cité.

337 - Marie-Ève Aubin, « La question de la liberté de l'enseignement », *La Revue administrative*, 1999.



a souvent annulé des arrêtés fermant des établissements de congrégations qui ne pouvaient être totalement fermés dès lors qu'ils ne se consacraient pas exclusivement à l'enseignement ³³⁸.

Il eut également à connaître d'affaires portant sur les **conditions d'ouverture** des écoles libres ou sur les **subventions** d'investissements des collectivités locales aux établissements privés, la règle en ce dernier domaine étant largement de nature jurisprudentielle : prohibition pour l'enseignement primaire ³³⁹ ; liberté pour l'enseignement technique ³⁴⁰ et supérieur ³⁴¹, strictes limites pour l'enseignement secondaire, la loi Falloux fixant le maximum des subventions au dixième des dépenses annuelles de l'établissement ³⁴². Par un avis du 20 avril 1950, le Conseil d'État (assemblée générale), après avoir rappelé le principe que la subvention ne doit pas dépasser le dixième des seules dépenses afférentes à l'enseignement secondaire, a estimé que « *cette condition exige que l'établissement s'engage à se prêter au contrôle efficace de l'emploi de la subvention* » et que « *la subvention, encore qu'elle soit réservée à l'enseignement secondaire, ne peut être accordée que si l'établissement dans son ensemble, y compris les classes primaires, fonctionne en conformité des lois et règlements qui régissent chacune de ses parties* » ³⁴³. La jurisprudence selon laquelle les secours aux élèves ne sont légaux que s'ils ne constituent pas une subvention déguisée à l'école a été confirmée ³⁴⁴.

C'est une décision d'Assemblée du 6 avril 1990 qui a estimé que les aides à l'enseignement général du second degré relevaient toujours de l'article 69 de la loi Falloux aux termes duquel « *les établissements libres peuvent obtenir des communes, des départements ou de l'État, un local ou une subvention, sans que cette subvention puisse excéder le dixième des dépenses annuelles de l'établissement* » ³⁴⁵.

L'accord du 13 juin 1992 entre le ministre chargé de l'Éducation et le secrétaire général de l'enseignement catholique, dit accord Lang-Cloupet, a réglé le contentieux financier entre l'État et l'enseignement privé sous contrat portant notamment sur les dépenses de fonctionnement des classes sous contrat d'association (le « forfait d'externat »). Mais une proposition de loi, à la fin de 1993 ³⁴⁶, fait rebondir le débat. Elle vise à réformer la loi Falloux, en prévoyant des dispositions qui suppriment le plafond de 10 % pour les subventions aux établissements privés. L'ampleur de la manifestation des opposants à

338 - Cf. par ex CE, 27 juillet 1906, *Sœur de la visitation de Paris*, rec. p. 687 ; 23 novembre 1906, *Congrégation des sœurs de la Sainte-Enfance de Jésus*, p. 833.

339 - Conseil d'État, 19 mars 1986, *Département de la Loire Atlantique*, rec. p. 76 ; 14 avril 1995, *Diard et David*, rec. p. 182 ; La prohibition vaut aussi pour les prêtres ; elle vaut également pour les garanties d'emprunt : 4 février 1991, *Commune de Marignane*, rec. p. 970.

340 - CE, 29 octobre 1930, *Commune de Villeneuve d'Aveyron*, rec. p. 867.

341 - CE, Ass, 1^{er} juin 1956, *Canivez*, rec. p. 220.

342 - Cette limitation ne s'applique pas aux garanties d'emprunt accordées par les collectivités locales, sauf si elles sont à taux préférentiel : CE, Ass. 6 avril 1990, *Ville de Paris et École alsacienne*, rec. p. 92, concl. P. Frydman, RFDA 1990-598 ; 27 mars 1998, *Département d'Ille-et-Vilaine*, rec. p. 783.

343 - *Revue administrative*, 1950-345.

344 - CE, 20 février 1928, *Commune de Monfaucon-en-Velay*, rec. p. 272.

345 - CE, Ass, 6 avril 1990, *Département d'Ille et Vilaine* ; 6 avril 1990, *Ville de Paris*, rec. p. 91.

346 - Proposition de loi Bourg-Broc, amendée par le gouvernement et votée par le Parlement.



cette loi, la décision du Conseil constitutionnel³⁴⁷ déclarant inconstitutionnelles les dispositions principales de la loi, jugées contraires au principe d'égalité entre écoles publiques et privées et entre écoles privées selon les décisions prises par les collectivités territoriales, font que ces dispositions ne voient pas le jour.

On imagine en outre facilement que la **loi Debré du 31 décembre 1959 a donné lieu à une abondante jurisprudence** sur la question de savoir quels établissements peuvent être admis à conclure un contrat et à quelles conditions. La jurisprudence s'est prononcée dans le sens de la compétence liée de l'administration pour accorder ou refuser le contrat simple aux établissements du premier degré dès lors que les conditions fixées par la loi (durée de fonctionnement, qualification des maîtres, nombre d'élèves, salubrité des locaux) étaient remplies³⁴⁸, tout en affirmant le contrôle entier opéré par le juge sur ces conditions³⁴⁹. La notion de « besoin scolaire reconnu » pour les contrats d'association a également donné lieu à jurisprudence : l'enseignement privé n'a pas seulement pour rôle de suppléer le manque de places dans l'enseignement public, il répond à une demande des familles³⁵⁰.

S'agissant de la prise en charge des dépenses de fonctionnement dans le cadre des contrats d'association, la jurisprudence s'est attachée à ce que l'égalité voulue par la loi (prise en charge dans les mêmes conditions que celles des classes correspondantes de l'enseignement public) soit respectée³⁵¹. Après l'entrée en vigueur de la loi du 2 mars 1982 et des textes transférant aux départements et aux régions la propriété des collèges et des lycées et prévoyant l'obligation pour ces collectivités de les entretenir, le Conseil d'État a eu à se prononcer fréquemment sur la question de savoir quelle collectivité devrait supporter les charges. Il a jugé que, avant comme après la loi du 2 mars 1982, les dépenses de fonctionnement des classes primaires privées sous contrat incombaient aux communes et qu'il s'agissait de dépenses obligatoires³⁵².

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1959 : « *L'État prend toutes dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse* ». La laïcité de l'enseignement public ne signifie pas que l'État ignore le droit à **l'instruction religieuse des enfants**.

Si elle excluait des programmes scolaires l'enseignement religieux, la loi du 28 mars 1882 posait la règle, qui figure aujourd'hui à l'article L. 141-3 du

347 - Cons. const., décision n° 93-329-DC du 13 janvier 1994.

348 - CE, Sect, 13 janvier 1965, *Association d'éducation populaire des écoles libres de Réalmont*, rec. p. 28.

349 - CE, Sect, 11 mars 1966, *Corajoud et école privée de filles de Viry*, rec. p. 209 ; Sect, 11 mars 1966, *Dlle Leriche et Sieur Sacre*, rec p. 206 ; 12 avril 1967, *École primaire et cours complémentaire St-Joseph à Montpellier*, rec. p. 156.

350 - CE, Section, 15 avril 1980, *Ministre de l'Éducation nationale c/Institut technique de Dunquerque*, rec. p. 196.

351 - CE, 17 octobre 1975, *Association de gestion de l'externat des enfants nantais*, rec p. 159.

352 - CE, 12 février 1982, *Ministre de l'Intérieur c/Commune d'Aurillac*, rec p. 68 ; Ass., 31 mai 1985, *Ministre de l'Éducation nationale c/AEP de l'école N.D. d'Arc les Gray*, rec p. 167, RFDA, p. 637, concl. M. Roux.



Code de l'éducation, selon laquelle les écoles élémentaires publiques ont, outre le dimanche, un jour de congé par semaine pour permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants une instruction religieuse, en dehors des édifices scolaires. Sujet très sensible, la question du « jour de catéchisme » est devenue plus aiguë avec la tendance des écoles à ne plus assurer de cours le samedi, rendant ainsi difficile la libération d'un autre jour de la semaine, qui devait être le mercredi, en application d'un arrêté du 15 mai 1972. Si le Conseil d'État n'a pas eu à se prononcer sur la question du jour à fixer, il a eu l'occasion de juger qu'il appartient au ministre de déterminer par arrêté ce jour d'interruption³⁵³. Un décret du 22 avril 1991 prévoit que désormais l'inspecteur d'académie peut apporter des aménagements aux règles fixées par arrêté ministériel pour l'organisation du temps scolaire, à condition que ceux-ci ne portent pas atteinte à l'exercice de la liberté de l'instruction religieuse³⁵⁴.

La laïcité de l'enseignement public suppose la **neutralité des programmes** : « *Si les parents estiment que les livres mis en usage dans les écoles sont rédigés en violation du principe de neutralité scolaire consacré par la loi du 28 mars 1882 comme conséquence du régime de la laïcité qu'elle a institué, il leur appartient de porter leurs réclamations devant les autorités compétentes*³⁵⁵ ». Il a à cet égard été jugé que l'enseignement sur l'éducation à la sexualité et la prévention du sida, ne méconnaissait pas les principes de neutralité et de laïcité et n'est pas de nature à porter atteinte au caractère propre des établissements privés sous contrat garanti par la loi du 31 décembre 1959³⁵⁶.

De même, le principe de laïcité implique la neutralité des enseignants, qui s'inscrit dans le cadre de la neutralité du service public (cf. supra). En revanche, **la liberté de conscience des élèves** comporte pour eux le droit d'exprimer leurs croyances religieuses. Aux termes de l'article L. 511-2 du Code de l'éducation : « *Dans les collèges et les lycées, les élèves disposent, dans le respect du pluralisme et du principe de neutralité, de la liberté d'information et de la liberté d'expression. L'exercice de ces libertés ne peut porter atteinte aux activités d'enseignement* ».

Ainsi que l'indiquait le Commissaire du gouvernement D. Kessler dans l'affaire *Kherouaa* (2 novembre 1992), la **distinction** « *n'a pas été suffisamment soulignée entre les obligations faites aux élèves et celles faites aux enseignants. Parce que l'enseignement est laïque, l'obligation de neutralité s'impose absolument aux enseignants qui ne peuvent exprimer dans leur enseignement leur foi religieuse. En revanche, parce que la liberté de conscience est la règle, un tel principe ne saurait s'imposer aux élèves qui sont libres de manifester leur foi, la seule limite à cette manifestation étant la liberté d'autrui* ». La question du port de signes d'appartenance religieuse à l'école a conduit le Conseil d'État à préciser sa jurisprudence sur cette question.

353 - CE, 27 juillet 1990, *Association pour une nouvelle organisation du temps scolaire*, rec. p. 229.

354 - Décret n° 90-788 du 6 septembre 1990, modifié par le décret n° 91-383 du 22 avril 1991.

355 - CE, 20 janvier 1911, *Chapuis, Porteret, Pichon*, rec. p. 69 ; 8 avril 1911, *Rosselin*, rec. p. 481.

356 - CE, 18 octobre 2000, *Association Promouvoir*.



Lors de la rentrée 1989, des incidents sont survenus dans des établissements d'enseignement secondaire, liés au port du foulard islamique par des lycéennes et des collégiennes, et plus particulièrement au collège de Creil, dans l'Oise, où trois élèves refusaient de quitter en classe le voile qu'elles portaient, en dépit des demandes du corps enseignant et du principal de l'établissement. Devant les réactions à ces incidents, tant de la part des défenseurs du pluralisme à l'école que des partisans d'une certaine conception de la laïcité, le ministre de l'Éducation nationale saisissait le Conseil d'État d'une demande d'avis qui portait de façon générale sur la compatibilité du principe de laïcité avec le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse.

Aux termes de cet **avis, rendu le 27 novembre 1989**, le Conseil d'État estime qu'il résulte des textes constitutionnels et législatifs et des engagements internationaux de la France que *« le principe de laïcité de l'enseignement public, qui est l'un des éléments de la laïcité de l'État et de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect, d'une part, de cette neutralité par les programmes et par les enseignants, et, d'autre part, de la liberté de conscience des élèves »*. Ce principe interdit toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves. L'avis précise que *« la liberté ainsi reconnue aux élèves comporte pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité »*.

Mais l'exercice de cette liberté connaît des limites : il ne saurait faire obstacle à l'accomplissement des missions dévolues par le législateur au service public de l'éducation, qui doit notamment permettre l'acquisition par l'enfant d'une culture, sa préparation à la vie professionnelle et à ses responsabilités d'homme et de citoyen, le développement de sa personnalité, et doit permettre de lui inculquer le respect de l'individu et de garantir l'égalité entre hommes et femmes.

Après avoir affirmé que, dans les établissements scolaires, le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, l'avis précise les limites de cette liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses : la pression, la provocation, le prosélytisme ou la propagande, le fait de porter atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou à d'autres membres de la communauté éducative, de compromettre leur santé ou leur sécurité, de perturber le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, de troubler l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement du service public. De tels effets peuvent découler du port de signes d'appartenance religieuse par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif.

Le Conseil d'État renvoie ensuite, en tant que de besoin, au règlement intérieur des établissements secondaires le soin d'établir la réglementation destinée à fixer les modalités d'application des principes qu'il a ainsi définis. Il rappelle, à cet égard, qu'en vertu de l'article 3 du décret du 30 août 1985 et de l'article 4 du décret du 31 janvier 1986 le règlement intérieur des établisse-



ments « définit les droits et les devoirs de chacun des membres de la communauté scolaire » et « détermine notamment les modalités selon lesquelles sont mis en application :

« 1° le respect des principes de laïcité et de pluralisme ;

« 2° le devoir de tolérance et de respect d'autrui dans sa personnalité et dans ses convictions... ».

Le Conseil d'État indique enfin qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir disciplinaire d'apprécier si le port d'un signe religieux méconnaît les conditions qu'il a précisées et si cette méconnaissance constitue ou non une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'à l'exclusion, cette dernière sanction étant possible dès lors que l'instruction de l'enfant peut être donnée dans un autre établissement public ou privé, dans la famille ou par le centre public d'enseignement par correspondance.

Fidèle à l'avis de 1989, la **jurisprudence du Conseil d'État statuant au contentieux** qui a suivi³⁵⁷, reflète l'équilibre qu'il établit dans l'état actuel du droit : toute interdiction de principe est illégale mais des limites sont possibles. Ainsi, les comportements qui portent atteinte à l'ordre public, qui mettent en cause la sécurité des élèves ou qui traduisent le refus de se soumettre à l'obligation d'assiduité peuvent être sanctionnés.

Les décisions contentieuses sur le port du foulard à l'école ont été relativement nombreuses dans les années qui ont suivi, liées notamment à l'application d'une nouvelle circulaire du 21 septembre 1994, dite circulaire Bayrou, qui établissait une distinction entre les signes discrets, manifestant l'attachement personnel des élèves à des convictions, notamment religieuses, qui sont admis, et les signes ostentatoires, qui constituent en eux-mêmes des éléments de prosélytisme ou de discrimination, qui sont interdits³⁵⁸. Appelé à se prononcer sur une requête contre cette circulaire, le Conseil d'État l'a rejetée, estimant que le ministre, en prenant celle-ci, s'était borné, après avoir donné son interprétation du principe de laïcité, à demander aux chefs d'établissements de proposer aux conseils d'administration de leurs établissements une modification des règlements intérieurs conforme à cette interprétation. En elle-même, cette instruction adressée aux chefs d'établissements ne contient aucune disposition directement opposable aux administrés. Conformément à une jurisprudence classique à propos des circulaires, le Conseil d'État a rejeté comme irrecevables les conclusions dirigées contre un acte dépourvu par lui-même d'effets juridiques pour les administrés. Mais si cette décision ne se prononce pas sur la compatibilité de la circulaire avec l'interprétation du principe de laïcité retenue par la jurisprudence, le Conseil d'État a depuis lors jugé que la modification introduite dans les règlements intérieurs reprenant un modèle annexé à la circulaire n'était pas illégale. Le Conseil a noté que les dispositions en cause n'avaient pas pour objet d'interdire le port du foulard islamique³⁵⁹, faisant ainsi prévaloir une interprétation neutralisante de la circulaire elle-même.

357 - CE, 10 juillet 1995, *Association « Un Sysiphe »*, rec. p. 292.

358 - Voir notamment, Céline Wiener, « Les foulards de la République », in *Mélanges Braibant*, Dalloz 1996.

359 - CE, 27 novembre 1996, *Ligue islamique du Nord et époux Chabou et autres*, rec. p. 461.



S'agissant des sanctions disciplinaires, le Conseil d'État a annulé les décisions d'exclusion prononcées en application de règlements intérieurs édictant des interdictions générales et absolues du port de tout signe distinctif³⁶⁰. Il a également annulé des décisions d'exclusion fondées sur le seul motif que le port du foulard serait par lui-même incompatible avec le principe de laïcité de l'enseignement public ou lorsque l'affirmation selon laquelle le foulard aurait été porté dans des conditions qui en auraient fait un acte de prosélytisme ou de propagande n'était pas établie³⁶¹. Il a rappelé que le seul port du foulard ne constitue pas par lui-même, en l'absence de toute autre circonstance, un acte de pression ou de prosélytisme et a en conséquence annulé une décision d'exclusion qui avait été prononcée par le recteur de l'académie de Créteil pour le seul motif que l'élève en cause portait un foulard³⁶². Le Conseil d'État a en outre eu l'occasion de préciser que la circonstance que le nombre de jeunes filles portant le foulard eut augmenté lors d'une rentrée scolaire n'était pas à elle seule de nature à justifier l'interdiction du port du foulard au sein d'un lycée et que, de même, la circonstance que des troubles aient suivi l'adoption de dispositions modifiant le règlement intérieur relatives au port de signes ostentatoires dans l'établissement, si elle pouvait fonder des mesures disciplinaires à l'encontre des auteurs de ces troubles, ne pouvait en revanche, en l'état du droit, justifier légalement une interdiction générale du port du foulard dans l'établissement³⁶³.

Il a en revanche admis la légalité de sanctions prononcées à l'encontre de jeunes filles refusant d'ôter leur foulard en cours d'éducation physique. Il a ainsi confirmé la légalité de la sanction prononcée par le recteur de l'Académie de Lille à l'encontre de trois jeunes filles qui refusaient de participer aux enseignements d'éducation physique et sportive alors même qu'elles avaient été reconnues aptes à cet enseignement par les médecins scolaires³⁶⁴. Leurs convictions ne pouvaient les soustraire à l'obligation d'assiduité posée par la loi du 10 juillet 1989 et rappelée par l'avis du 27 novembre 1989 et par plusieurs décisions contentieuses³⁶⁵. A été également confirmée l'exclusion par le même recteur de 17 jeunes filles pour le motif que les intéressées avaient participé à des mouvements de protestation ayant gravement troublé le fonctionnement normal de l'établissement³⁶⁶. En l'espèce, le comportement des jeunes filles avait excédé les limites de leur droit d'exprimer leurs croyances religieuses à l'intérieur de l'établissement.

Le Conseil d'État a eu jusqu'à présent peu d'occasions de se prononcer sur le port de signes d'appartenance à une religion à l'université. Il a annulé un arrêté du doyen de la faculté de droit de l'université de Lille II qui interdisait l'accès à ses locaux aux élèves de confession musulmane portant un foulard en

360 - CE, 2 novembre 1992, *M. Kherouaa et autres*, rec. p. 389 ; 14 mars 1994, *M^{lle} Yilmaz*, rec. p. 129.

361 - CE, 27 novembre 1996, *M. et M^{me} Naderan*, rec. p. 463 ; 9 octobre 1996, *Ministre de l'Éducation nationale c/M^{lle} Unal*.

362 - CE, 27 novembre 1996, *M. et M^{me} Jeouit*.

363 - CE, 10 mars 1997, *Ministre de l'Éducation nationale c/M^{lle} Al Atyaoui*.

364 - CE, 27 novembre 1996, *époux Wissaadane et époux Chedouane*, rec. p. 463.

365 - CE, 10 mars 1995, *époux Aoukili*, rec. p. 122 ; Ass., 14 avril 1995, *Kaen*, rec. p. 168.

366 - CE, 27 novembre 1996, *M. et M^{me} Chabou et autres*.



invoquant des considérations d'ordre public. Le doyen n'établissait pas, dans les circonstances de l'espèce, qu'il aurait été dans l'impossibilité d'assurer le maintien de l'ordre dans l'établissement sans interdire l'accès des bâtiments à ces jeunes femmes ³⁶⁷.

Dans les affaires contentieuses dont il a à connaître, le juge du fond exerce son entier contrôle sur la gravité de la sanction prise à l'encontre d'élèves ayant excédé les limites de leur droit d'exprimer leurs croyances religieuses à l'intérieur de l'établissement.

Même si la demande du gouvernement était intervenue à la suite des incidents de Creil, le contexte dans lequel l'avis de 1989 a été rendu était moins marqué qu'aujourd'hui par les questions liées à l'islam ou celles tenant à la place et au statut de la femme de religion musulmane dans la société. Il portait de façon générale sur le port de signes religieux quels qu'ils soient. Mais ce sont des affaires concernant essentiellement le port du foulard qui ont donné lieu à sa confirmation au contentieux. C'est également à propos du foulard que cet avis a donné lieu à critique : pour les uns, risque soit d'intransigeance, soit de laxisme des règlements intérieurs et à tout le moins de disparité selon les établissements, pour d'autres, responsabilité excessive laissée aux chefs d'établissement et difficulté d'application de l'avis lorsque le dialogue est refusé par les intéressés, nécessité, enfin, selon certains, de disposer de règles suffisamment accessibles et précises sur le sujet afin de se conformer aux exigences constitutionnelles et à celles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (cf. infra).

Le commissaire du gouvernement D. Kessler, dans l'affaire *M. Kherouaa* ³⁶⁸ qui a confirmé au contentieux l'avis donné en 1989, et dans l'affaire *Melle Yilmaz*, ³⁶⁹ faisait valoir que le Conseil d'État avait choisi la voie de l'examen au cas par cas. Ce faisant, le Conseil d'État s'est inscrit dans la ligne de la jurisprudence *Benjamin* (19 mai 1933) ³⁷⁰ qui s'efforce de concilier, en tenant compte des circonstances de chaque espèce, les exigences du maintien de l'ordre et l'exercice des libertés fondamentales, les restrictions apportées aux libertés devant être justifiées au regard des finalités légitimes poursuivies.

Le commissaire du gouvernement R. Schwartz, dans l'affaire « *Association un Sisyphe* » ³⁷¹, indiquait que « *cette jurisprudence de conciliation* » n'a pas toujours permis de régler localement les conflits, et ce en raison des limites de l'action du juge, à qui il n'appartient pas d'interpréter le signe qu'est le foulard, sauf à entrer dans l'interprétation des religions, et en raison de la difficulté d'application de la jurisprudence. Il est en effet parfois difficile de tracer la frontière entre port ostentatoire ou revendicatif, acte de prosélytisme prohibé par la jurisprudence, et port normal même visible de signes religieux.

La signification du foulard donne lieu aux interprétations les plus diverses, qui varient en outre selon qu'elles sont données par celles qui le portent ou

367 - CE, 26 juillet 1996, *Université de Lille II*, rec. p. 915.

368 - CE, 2 novembre 1992, *M. Kherouaa et autres*, p. 389.

369 - CE, 14 mars 1994, *Melle Yilmaz*, rec. p. 129.

370 - CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, rec. p. 541.

371 - CE, 10 juillet 1995, « *Association un Sisyphe* », rec. p. 292.



l'image que s'en font les autres : interprétations qui vont de la prescription religieuse au signe d'asservissement de la femme en passant par le signe religieux, le besoin de se protéger contre le regard des hommes, la condition d'une émancipation négociée, la réaction d'adolescentes...

Au cours des derniers mois, l'hypothèse d'une législation qui concernerait le seul port du foulard a été écartée, pour des raisons tant d'opportunité que juridiques. Le recours à un texte plus général a fait l'objet de diverses propositions. L'une des préoccupations principales était d'encadrer la marge d'appréciation laissée aux chefs d'établissements et de faciliter leurs décisions. La question de savoir s'il convenait d'appliquer le même régime à d'autres signes, politiques, syndicaux ou autres, a été soulevée. Par ailleurs, une solution trop tranchée pouvait poser le problème de savoir jusqu'à quel point une interdiction générale de l'ensemble des signes religieux était de nature à soulever des difficultés constitutionnelles ou au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le rapport du 4 décembre 2003 de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur la question du port des signes religieux à l'école, dite « mission Debré », s'est prononcé en faveur d'une interdiction du port visible de tout signe d'appartenance religieuse ou politique dans l'enceinte des établissements publics. La Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, dans son rapport du 11 décembre 2003, préconisait l'interdiction dans les écoles, collèges et lycées publics, des tenues et signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse ou politique.

L'Assemblée générale du Conseil d'État a délibéré le 22 janvier 2004 d'un projet de loi dont le Parlement a ensuite été saisi. Ce projet interdit dans les écoles, les collèges et les lycées publics le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement leur appartenance religieuse³⁷².

Il appartiendra au juge, en cas de contestation, de veiller à ce que l'interprétation faite de ces dispositions par les chefs d'établissement soit conforme à l'esprit de la loi. La mise en œuvre de procédures de dialogue et de médiation sera indispensable, sauf à favoriser le départ de certains élèves des établissements publics ou leur déscolarisation.

2.3.4. La religion et l'entreprise

Cette question est liée à celle, plus générale, de la **conciliation entre la force obligatoire d'un contrat**³⁷³ et la **liberté de culte**. La Cour de cassation, sauf disposition législative particulière³⁷⁴, fait en principe prévaloir la première, principe fondamental du droit des obligations, en transposant dans l'ordre contractuel le principe de laïcité sous forme de neutralité du contrat.

372 - Au moment où ce rapport est achevé, ce projet de loi est en cours d'examen à l'Assemblée nationale.

373 - Art. 1134 du Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

374 - Plusieurs dispositions du droit des baux protègent la liberté de culte.



La liberté religieuse est protégée par la prohibition de toute discrimination sur ce fondement, de l'embauche à la rupture du contrat.

Aux termes du préambule de la constitution de 1946, « nul ne peut être lésé dans son travail ou dans son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Plusieurs dispositions du Code du travail insistent sur la neutralité du contrat de travail face aux convictions religieuses. L'article L. 120-2 du Code du travail interdit d'« apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »³⁷⁵. L'article L. 122-45 du même code interdit toutes mesures discriminatoires fondées sur les convictions religieuses. Ainsi, les informations demandées lors de l'embauche ne peuvent porter sur les convictions ou pratiques du candidat mais doivent respecter une double condition de finalité (capacité, aptitude) et de lien nécessaire avec l'emploi. Par voie de conséquence, le licenciement d'un salarié ayant dissimulé lors de l'embauche sa qualité de prêtre, sans rapport avec l'emploi sollicité, est abusif³⁷⁶.

Toutefois, une fois conclu, **l'engagement contractuel d'exécuter une prestation l'emporte sur l'invocation de prescriptions religieuses**. La chambre sociale de la Cour de cassation a, dès 1998, posé comme principe que « si l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à l'ordre public »³⁷⁷. En l'espèce, l'employé musulman affecté au rayon boucherie d'un magasin d'alimentation ne pouvait légitimement refuser d'être en contact avec de la viande de porc, deux ans après son affectation à ce poste.

Les convictions religieuses, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail. Ainsi, un salarié ne peut réclamer un traitement particulier fondé sur ses convictions : lorsque le repas est fourni gratuitement par l'employeur, le salarié ne peut réclamer une indemnité de repas s'y substituant afin de se conformer aux obligations du ramadan³⁷⁸. En raison du caractère impératif des dispositions législatives et réglementaires régissant la médecine préventive du travail, un salarié ne peut se soustraire à la visite médicale obligatoire du fait de ses convictions religieuses³⁷⁹.

L'employeur est donc en droit d'exiger l'exécution de la tâche sans être tenu de respecter sinon dans d'étroites limites les convictions religieuses des salariés. Une conciliation est en effet nécessaire entre l'interdiction de prendre en compte les convictions religieuses du salarié à l'embauche et le droit pour lui d'exiger l'exécution du contrat sans que ces mêmes convictions puissent lui être opposées. Les restrictions à la liberté individuelle peuvent être justifiées

375 - Texte qui s'inspire de la décision CE, Sect. 1^{er} février 1980, *Ministre du Travail c/Société Peintures Corona*, rec. p. 59, Dr. Soc. 1980, 310, Concl. A. Bacquet.

376 - Cass. soc., 17 octobre 1973, Cahiers prud'homaux n° 4/74, p. 79.

377 - Cass. soc., 24 mars 1998, RJS 6/98 n° 701, Droit social 1998, p. 614 note J. Savatier.

378 - Cass. soc., 16 février 1994, RJS 4/94 n° 407 ; Soc. 24 mars 1998, Bull. 1998 V n° 171, p. 125.

379 - Cass. soc., 29 mai 1986, *Droit social*, 1986, p. 788.



par l'intérêt de l'entreprise si elles sont proportionnées aux buts poursuivis. Les tribunaux se prononcent au cas par cas sur l'équilibre à respecter entre la liberté religieuse et les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, en particulier pour la qualification de faute justifiant un licenciement.

Ainsi, l'employeur peut exiger d'une vendeuse portant un vêtement la couvrant de la tête aux pieds et en contact permanent avec la clientèle d'un magasin de mode d'articles féminins qu'elle adopte une tenue vestimentaire correspondant à ce type d'établissement. Son refus justifie son licenciement dès lors qu'il n'est pas établi que cette prohibition procéderait d'une intention discriminatoire³⁸⁰. L'employeur est fondé à interdire le port du foulard islamique à une vendeuse au contact des clients d'un centre commercial ouvert à un large public dont les convictions sont variées et à l'égard desquelles la neutralité ou à défaut la discrétion dans l'expression des options personnelles s'impose³⁸¹. Des agissements constitutifs de fautes dans l'exécution du contrat, et sanctionnés en tant que fait matériel, peuvent avoir été dictés par des motivations d'ordre religieux³⁸².

En revanche, la cour d'appel de Paris, confirmant une décision du conseil des prud'hommes, a considéré que le licenciement d'une jeune fille embauchée au siège d'une société alors qu'elle portait déjà un foulard présente toutes les apparences d'une mesure prohibée car fondée sur un critère religieux sans justifications objectives. La cour ordonne la réintégration. L'intervention du Parquet (rare en appel prud'homal), à l'appui du conseil des prud'hommes, mentionne que la liberté religieuse, ne peut être limitée que si les restrictions apportées sont expressément motivées. L'argument de gêne commerciale ne pouvait être invoqué en l'espèce³⁸³.

S'agissant des **absences liées aux convictions religieuses**³⁸⁴, rien n'est prévu dans le Code du travail³⁸⁵. L'article L. 222-1 du Code du travail, qui énumère les fêtes légales, ne comporte, s'agissant des fêtes religieuses, que des fêtes chrétiennes. Il appartient à l'employeur d'accéder aux autres demandes d'absences, dans la mesure où la liberté religieuse est conciliable avec la bonne marche de l'entreprise. L'autorisation d'absences ponctuelles et l'aménagement des horaires de travail peuvent répondre aux demandes liées à la pratique d'une religion. Le défaut de demande d'absence faite à l'employeur³⁸⁶, le refus d'un aménagement d'horaires proposé par l'employeur permettant de respecter

380 - CA St Denis de la Réunion, 9 septembre 1997, Dalloz 98, p. 546, note S. Farnocchia.

381 - CA Paris 16 mars 2001, *Habiba Charni*, RJS 11/01, n° 1252.

382 - Cf. le cas précité du refus de la visite médicale obligatoire.

383 - CA Paris, 19 juin 2003 et Conseil des prud'hommes de Paris, 17 décembre 2002, *Dallila Tahri*.

384 - Voir, sur cette question, *Traité de droit français des religions*, op. cité, p. 715.

385 - Les directives 94/33/CE du Conseil du 22 juin 1994, relative à la protection des jeunes au travail (*JOCE* n° L-216 du 20/08/1994 p. 0012-0020) et 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (*JOCE* n° L 307 du 13/12/1993 p. 0018-0024), prévoient que « en ce qui concerne la période de repos hebdomadaire, il convient de tenir compte de la diversité des facteurs culturels, ethniques, religieux et autres dans les États membres : que, en particulier, il appartient à chaque État membre de décider, en dernier lieu, si et dans quelle mesure le dimanche doit être compris dans le repos hebdomadaire ».

386 - Cass. Soc., 16 déc. 1981, n° pourvoi 79-41300.



certaines obligations religieuses³⁸⁷ ou le refus de voir ses horaires modifiés si l'employé ne peut apporter la preuve qu'il a accepté son emploi essentiellement parce que les horaires proposés lui permettraient de suivre certaines obligations religieuses³⁸⁸, sont des comportements pouvant être sanctionnés, y compris parfois par un licenciement. Mais l'absence non autorisée pendant une seule journée pour participer à la fête de l'Aïd el Kébir ne constitue pas une faute grave justifiant une privation de l'indemnité de préavis³⁸⁹.

Une clause expresse dans le contrat de travail permet en revanche la prise en compte de revendications des salariés fondées sur les convictions religieuses. Tel est le cas, par exemple, de l'insertion d'une clause autorisant les prières à heures fixes ou des facilités d'absence correspondant aux dates des grandes fêtes religieuses. Mais solliciter une telle clause risque de se révéler dissuasif à l'embauche.

Enfin, un sort particulier est fait aux « entreprises de tendance »³⁹⁰ : la clause expresse est alors implicite en faveur de l'entreprise.

Une entreprise de tendance est un organisme qui défend des principes idéologiques, religieux ou philosophiques, principes avec lesquels certains de leurs salariés se doivent d'être en harmonie (l'exemple type est celui des instituts d'enseignement catholique).

Les dispositions relatives au contrat de travail ne s'appliquent pas entre un religieux et l'Église dont il dépend. Le critère essentiel du contrat de travail est le lien de subordination qui est exclu par la jurisprudence dès lors que l'activité, même si elle revêt un caractère professionnel, est exercée dans le cadre de la vocation et de l'apostolat. La dimension spirituelle est exclusive de tout but lucratif et incompatible avec la qualification de contrat de travail. La soumission d'un ministre du culte à son Église découle directement de son engagement interne et s'oppose à un lien de subordination externe. Ainsi, une religieuse infirmière et assistante sociale dans des centres médicaux organisés par sa congrégation qui n'accomplit ses fonctions que pour le compte et au bénéfice de sa congrégation ne peut invoquer le bénéfice d'un contrat de travail³⁹¹, et la Cour de cassation censure une cour d'appel qui admet l'existence d'un contrat de travail entre un pasteur et son Église en invoquant un lien de subordination sans le caractériser³⁹². Mais la qualité de religieux, régulier ou séculier, n'est pas un obstacle en soi à celle de salarié au profit d'une institution civile³⁹³.

387 - CA Paris, 10 janv. 1989, RJS 4/1989, n° 310.

388 - CA Lyon, 9 mars 1989.

389 - Cass. soc. 16 décembre 1981 précité.

390 - Notion utilisée par la doctrine et empruntée au droit allemand (notion de « Tendenzbetriebe »).

391 - Cass. Ass. Plén. 8 janvier 1993, rapport de la Cour 1993, p. 95.

392 - Cass. soc. 23 avril 1997.

393 - Cass. Soc. 20 novembre 1986, JCP ed G, 1987, note Revet ou Cass. Soc. 17 octobre 1973 précité, le prêtre ayant dissimulé sa qualité à l'embauche.



Dans les entreprises de tendance, les convictions religieuses sont en revanche « une partie essentielle et déterminante du contrat de travail »³⁹⁴. Le licenciement fondé sur l'incompatibilité entre les convictions religieuses de l'entreprise et celles du salarié peut dès lors être justifié dans le cas de l'existence d'un trouble causé au sein de l'entreprise. La décision de référence en la matière est l'arrêt d'Assemblée plénière Dame Roy de 1978³⁹⁵ : le licenciement à la suite de son divorce d'une institutrice employée dans un établissement privé n'était pas fautif dès lors que les convictions religieuses avaient été incorporées dans le contrat de travail. Cette solution a été réaffirmée en 1986 : une enseignante de la faculté théologique protestante de Montpellier a pu être légitimement licenciée en raison de son comportement incompatible avec les idées qu'elle était chargée de diffuser. Lorsqu'un salarié a été engagé « pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, il peut être licencié dès lors qu'il méconnaît les obligations résultant de cet engagement »³⁹⁶.

De même, un curé peut licencier un sacristain qui refuse de travailler le dimanche³⁹⁷ ; un surveillant rituel qui a embrassé de lui-même la religion juive doit être d'une piété exemplaire et accepter des restrictions à sa vie privée sans pouvoir se prévaloir de la liberté de la vie privée pour conserver son emploi³⁹⁸.

Dans ces deux espèces, les intéressés étaient en charge de « diffuser les principes » concernés. Leur méconnaissance de ces principes était donc à même de créer un trouble au sein de l'entreprise de tendance. Le licenciement est alors fondé non pas tant sur le fait de l'appartenance religieuse ou la vie privée que sur le trouble causé compte tenu de la fonction des intéressés et de la finalité propre de l'entreprise. La Cour de cassation distingue selon les personnes mises en cause et leurs fonctions. L'employeur ne peut contraindre tout le personnel sans distinction à un alignement des comportements. Ainsi, les motifs du licenciement de l'aide sacristain de St Nicolas du Chardonnet, qu'ils soient tirés de ses mœurs ou des convictions religieuses, ne sauraient être fondés à défaut d'un trouble caractérisé dans l'entreprise, compte tenu des fonctions purement matérielles qu'il occupait³⁹⁹.

L'appartenance à une entreprise de tendance renforce les obligations de réserve, de discrétion, de loyauté. Ces restrictions doivent-elles faire l'objet d'un engagement personnel d'ordre contractuel ? Le Conseil d'État admet

394 - Cf. également directive 2000/78/CE, article 4 § 2 concernant les Églises ou organisations dont l'éthique est fondée sur la religion, pour lesquelles sont admis des différences de traitement fondées sur les convictions ou la religion d'une personne dès lors que la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle.

395 - Cass. Ass. Plén. 19 mai 1978, Bull. civ. n° 1, D78 p. 541 ccl Schmelck et note P. Ardant, JCP 78 ed G II 19009 rapp. Sauvageot et note R. Lindon.

396 - Cass. soc., 20 novembre 1986, Bull. civ., V. n° 549.

397 - Conseil des Prud'hommes de Rennes, 8 juillet 1993, *Cahiers prud'homaux* 7/1994, p. 111.

398 - Conseil des Prud'hommes de Toulouse, 23 juin 1995, *Cahiers prud'homaux*, 9/95, p. 159 ; en revanche un surveillant rituel juif, s'étant absenté pendant une vingtaine de jours afin d'enterrer son fils en Israël, ne peut être licencié, d'autant que le Consistoire de Paris avait mis un remplaçant à la disposition de l'entreprise : CA Paris, 25 mai 1990.

399 - Cass. Soc., 17 avril 1991, Bull. civ., V. n° 201.



qu'une entreprise puisse en application des dispositions de l'article L. 122-34 du Code du travail poser les règles qui devront être respectées, s'il n'est pas porté atteinte à la liberté de conscience des salariés et si les obligations sont proportionnées à la nature des fonctions exercées par les personnes qui y sont soumises ⁴⁰⁰.

2.3.5. La religion et les médias

La présence d'émissions religieuses sur les chaînes de radio et de télévision est souvent ancienne. Diverses confessions y ont aujourd'hui accès.

La première messe télévisée produite, grâce à l'activité du Père Avril, par la Radiodiffusion Française, est apparue dès Noël 1948 sur les écrans et la diffusion d'une émission religieuse catholique hebdomadaire, « Le jour du Seigneur » date du 9 octobre 1969. À la suite de la religion catholique, divers cultes ont obtenu l'accès à une plage horaire d'une ou plusieurs chaînes publiques, aujourd'hui le dimanche matin sur France 2. Sont ainsi apparues « Présence Protestante » en 1955, diffusée tous les mois, « La source de vie » (émission juïdaique) en 1962, « Foi et traditions des chrétiens orientaux », dont la première diffusion remonte au 11 avril 1965, et « Connaître l'Islam », en janvier 1983, remplacé par « Vivre l'Islam » en 1999 puis, plus récemment, une émission bouddhiste. Toutes ces émissions, qu'elles aient été retransmises sur des réseaux publics ou privés à leurs débuts, se sont vu attribuer une partie de la matinée du dimanche sur France 2.

Aux termes du cahier des charges de France 2 approuvé par le décret du 16 septembre 1994 ⁴⁰¹ modifié, « *La société diffuse le dimanche matin des émissions à caractère religieux, consacrées aux principaux cultes pratiqués en France* ». Ces émissions, sous la forme de cérémonies cultuelles ou de commentaires religieux, sont réalisées sous la responsabilité des représentants désignés par les hiérarchies respectives des cultes, après avis du ministre chargé des cultes.

S'il ne s'agit pas de retransmissions, la société peut visionner les émissions et refuser leur passage à l'antenne. Le coût des émissions est pris en charge par la société dans la limite d'un plafond fixé par son conseil d'administration. Il appartient en outre au Conseil supérieur de l'audiovisuel de veiller au respect de l'expression du pluralisme religieux par le service public dès lors qu'aux termes de la loi du 30 septembre 1986 ⁴⁰² modifiée, « *il assure le respect de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans les programmes des services de radiodiffusion sonore et de télévision* » ⁴⁰³.

400 - CE, *Association familiale de l'externat St-Joseph c/Vivien et autres*, 20 juillet 1990, rec. p. 223.

401 - Décret n° 94-813 du 16 septembre 1994 portant approbation des cahiers des missions et des charges des sociétés France 2 et France 3, modifié.

402 - Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

403 - S'agissant de chaînes privées, les conventions de M6 et TF1 prévoient que « *la société veille dans son programme... à respecter les différentes sensibilités politiques, culturelles et religieuses du public...* ».



La question de la représentation des « principaux cultes pratiqués en France » peut se poser pour les confessions regroupant des courants à l'identité diverse, qui ne s'estiment pas toujours représentés par les émissions produites avec le soutien financier de la branche disposant d'un temps de passage à l'antenne. Ainsi, l'émission « Connaître l'Islam » interrompue en 1999, et celle qui lui a succédé « Vivre l'Islam », ont pu être critiquées par certains musulmans arguant d'un manque de représentativité des tendances régissant les programmes.

Quoi qu'il en soit, la reconnaissance officielle de ces émissions a pu être considérée comme « *un pas en avant de la laïcité "ouverte"* », et la responsabilité conférée aux hiérarchies des cultes comme « *reflétant l'esprit de l'article 4 de la loi de 1905, qui demandait le respect des structures internes de chaque confession* »⁴⁰⁴.

Il existe une chaîne privée confessionnelle KTO qui propose aux téléspectateurs de sensibilité catholique une programmation diversifiée composée notamment de cérémonies religieuses, débats et magazines. KTO retransmet des offices en direct chaque jour⁴⁰⁵. Dans le secteur radiophonique, de nombreuses radios confessionnelles existent, outre le réseau RCF (radios chrétiennes de France) qui associe cinquante radios locales diffusant sur 180 fréquences au total⁴⁰⁶.

Le pluralisme religieux et la liberté de croyance imposent-ils qu'il soit mis fin aux atteintes qui seraient portées dans les médias au **respect des religions** ?

La loi du 29 juillet 1881 modifiée, relative à la liberté de la presse, permet de réprimer l'injure, la diffamation ou la provocation à la diffamation envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance à une religion (art. 24, 32 et 33).

L'article 809 alinéa 1^{er} du nouveau Code de procédure civile permet de prescrire « *les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ». Le juge judiciaire a une acception large de la recevabilité d'actions engagées par des associations défendant des principes et croyances religieuses. Il est cependant soucieux de concilier liberté religieuse et liberté de création et d'expression, et il est de plus en plus rare qu'une mesure d'interdiction ou de censure partielle (coupures) soit retenue pour le motif de non-respect des croyances, le juge préférant souvent exiger la présence d'un message d'avertissement avant le début d'un film⁴⁰⁷, ou estimant qu'un livre ne peut être considéré comme attentatoire aux convictions de chacun, dès lors que « *personne ne se trouve contraint de lire un livre* »⁴⁰⁸. L'affichage pose des questions plus délicates, car le choix laissé au juge est alors le plus souvent celui de l'interdiction ou de la non-interdiction, dès lors qu'il n'est pas

404 - G. Bedouelle et JP. Costa, *Les laïcités à la française*, op. cité.

405 - KTO déclare 3 969 000 abonnés.

406 - Le Conseil d'orientation de RCF comprend des représentants des églises catholique, réformée, arménienne apostolique, orthodoxe, et évangélique luthérienne.

407 - Ainsi dans l'affaire « *La dernière tentation du Christ* », la Cour de cassation confirme l'obligation de faire précéder l'œuvre par une bande annonce avertissant les spectateurs : Cass. civ. 1, 29 octobre 1990.

408 - TGI Paris, ord. réf. 29 juil. 1989 concernant l'affaire des « *Versets sataniques* », cité dans T. Massis, « Convictions, respect des croyances et liberté d'expression », *Legipresse*, 1996, II, p. 41.



possible pour le passant de ne pas être confronté à ce qui peut choquer ses convictions⁴⁰⁹. Les représentants des cultes eux-mêmes observent souvent une grande prudence avant de mener des actions contentieuses, conscients de ce que de telles actions peuvent, contrairement à l'effet recherché, accroître la publicité donnée aux films, ouvrages, affichages ou publicités qu'ils cherchent à combattre.

Le juge judiciaire, comme il le fait souvent dans le contentieux des libertés, adopte une démarche empreinte de conciliation⁴¹⁰ : « *Attendu que le principe de la liberté d'expression, notamment en matière de création artistique, d'une part, comme, d'autre part, celui du respect dû aux croyances et le droit de pratiquer sa religion étant d'égale valeur, il appartenait aux juges du fait de décider des mesures appropriées à faire respecter ce nécessaire équilibre* ».

La Cour européenne des droits de l'homme, très attachée à la liberté de conscience et au respect des croyances, se trouve, elle aussi, confrontée à ces questions. Dans un arrêt qui a donné lieu à critiques, elle a estimé qu'il n'était pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société et que, dès lors, les autorités nationales devaient disposer d'une certaine marge d'appréciation. Elle a admis que n'étaient pas contraires à la Convention les mesures prises par les autorités autrichiennes (saisie et confiscation d'un film), qui avaient agi pour protéger la paix religieuse dans une région, le Tyrol, où la religion catholique romaine est celle de l'immense majorité⁴¹¹.

Plus généralement, la question peut se poser d'une régulation de l'information sur ces sujets, notamment en termes d'horaires de diffusion. Certains exemples méritent attention : aux États-Unis des chartes de déontologie ou de bons usages existent pour les journaux ; en Grande Bretagne, la BBC établit des « *guide lines* ».

Le développement de la diffusion de programmes à thème religieux par satellite rendra cette question encore plus complexe à l'avenir. La répartition des compétences de régulation entre États d'émission et États de réception ne se prête pas vraiment, dans l'état actuel du droit, à une prise en compte des exigences d'ordre public qui peuvent être mises en cause du fait de l'orientation de certains programmes.

Protection de la vie privée et convictions religieuses

Aux termes de l'article 9 du Code civil, chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée. Ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.

409 - TGI Paris, 23 oct. 1994, le tribunal exigeant le retrait immédiat des affiches publicitaires du film « *Ave Maria* », TGI Paris, ord. réf. 21 fév. 2002, en l'espèce : refus d'interdire l'affichage du film « *Amen* » de C. Costa-Gavras.

410 - Cass. civ. 1^{re}, 29 oct. 1990, n° 88-19366 concernant le film « *La dernière tentation du Christ* » de M. Scorcese.

411 - CEDH, *Otto Preminger Institut c/Autriche*, 23 août 1994.



Si, selon le professeur Vitalis « *En toute hypothèse, une zone restera inaccessible au regard d'autrui, celle du for intérieur, siège de la liberté de conscience* ⁴¹² » et si les croyances religieuses relèvent du for intérieur, la révélation par autrui de la pratique religieuse d'une personne ne porte pas forcément atteinte à sa vie privée. La jurisprudence, se prononçant au cas par cas, recherche un équilibre entre les intérêts en présence ⁴¹³. Ainsi, la photographie d'un pratiquant à l'intérieur de la synagogue de Belleville n'est pas attentatoire à la vie privée ⁴¹⁴. Mais si les lieux de culte sont souvent des lieux publics, les cérémonies qui s'y déroulent peuvent revêtir un caractère privé, leur relation par les médias pouvant alors porter atteinte à la vie privée ⁴¹⁵. Le juge retient parfois l'intention malveillante de celui qui a divulgué l'information ou la croyance religieuse d'un individu ⁴¹⁶.

L'exigence de la protection de la vie privée des personnes, jointe à l'impératif d'éviter toute discrimination en raison des croyances religieuses, justifie en revanche que les données nominatives qui font apparaître directement ou indirectement des opinions religieuses ne puissent être rendues publiques. Ainsi, les opinions religieuses ne peuvent figurer sur les papiers d'identité. De telles données ne peuvent faire l'objet de traitement automatisé, sous peine de sanctions pénales. Cette interdiction résulte tant de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, les opinions religieuses faisant partie des données dites sensibles ⁴¹⁷, que de la convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ⁴¹⁸, ainsi que de plusieurs directives communautaires.

Des exceptions sont cependant prévues ⁴¹⁹ : ainsi, si la personne a donné son consentement exprès ou pour des motifs d'intérêt public ⁴²⁰, ou dans l'hypothèse où le traitement des données est réalisé par une Église ou un groupement confessionnel pour ses propres besoins, une exception ayant été ajoutée par les textes communautaires, tenant compte de circonstances particulières dans lesquelles s'effectue un traitement. On ne voit pas en revanche que l'interdiction de détenir ou de diffuser des données nominatives interdise d'établir des statistiques.

412 - A. Vitalis « La vie privée entre protection et exhibition » in *La vie privée à l'heure des médias*, dir. P. Baudry, C. Sorbets et A. Vitalis, Labyrinthes, Presses universitaires de Bordeaux, 2002.

413 - Voir *Traité du droit français des religions*, éditions du Jurisclasseur, p. 697 et s.

414 - CA Paris, 11 février 1987.

415 - Cass. civ. 1, 5 mars 1997, Bull. civ. I n° 66.

416 - Cass. civ. Arrêt du 6 mars 2001 « *La publication avait pour tort de révéler la pratique de M. Y..., de le déconsidérer aux yeux de la communauté musulmane et de susciter des attitudes discriminatoires* ».

417 - Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

418 - Entrée en vigueur en France le 1^{er} octobre 1985.

419 - Cf. art. 31 de la loi 78-17, art. 8 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du conseil du 24 octobre 1995, *JOCE* n° L. 281 du 23 nov. 1995, p. 0031-0051, art. 10 du règlement (CE) 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2001, *JOCE* n° L. 008 du 12 janv. 2001, p. 001-0022.

420 - Comme, par exemple, pour permettre, à Mayotte, le rassemblement de données nominatives relatives à la polygamie ou au statut civil (décret n° 97-776 du 31 juillet 1997).



Un autre sujet est celui de la protection du secret auquel sont tenus les ministres du culte et qui est sanctionné par l'article 226-13 du Code pénal⁴²¹. La jurisprudence considère que les ministres du culte figurent parmi les personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie. Mais la question se pose de la portée du secret et en particulier celle de la distinction entre les informations recueillies par un ministre du culte, dans l'exercice de son ministère, lors de la confession ou par confiance, et celles obtenues indirectement⁴²². Le problème de la conciliation entre le secret professionnel et l'obligation de dénoncer ou de témoigner peut se révéler délicat. Le Code pénal (art 434-1, dernier al., art 434-3, al 2) dispense les dépositaires du secret professionnel de l'obligation de dénoncer un crime ou de témoigner en faveur d'un innocent. Mais l'article 226-14 exclut l'application du délit de violation du secret professionnel de l'article 226-13 dans un certain nombre de cas⁴²³. À la suite de la saisie de matériel informatique à l'officialité de Lyon⁴²⁴, l'Église s'est inquiétée de la protection du secret professionnel de ses ministres. Dans cette affaire, la Cour de cassation a jugé que « *l'obligation imposée aux ministres du culte de garder le secret des faits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur ministère ne fait pas obstacle à ce que le juge d'instruction procède à la saisie de tous documents pouvant être utiles à la manifestation de la vérité* »⁴²⁵.

2.3.6. La religion et le statut personnel

Il n'y a pas étanchéité entre statut personnel et religion. Si, en France, le droit de la famille ignore les convictions religieuses des membres de la famille et des époux en particulier, le statut personnel peut cependant poser de délicates questions, de droit international privé en particulier, susceptibles de mettre en cause les croyances ou les tolérances religieuses, parfois difficiles à concilier avec le principe de laïcité. Plusieurs domaines peuvent être cités. L'islam, en particulier, soulève des questions liées au statut personnel⁴²⁶.

L'exercice de l'autorité parentale

La religion du mineur est soumise au « droit commun » de l'autorité parentale, celle de la liberté accordée aux parents, limitée par une série de dispositions en

421 - « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

422 - Voir par exemple, sur ces questions : *Traité du droit français des religions*, op cité, p. 564 et s. ; M. E. Cartier, « Le secret religieux », RSC, juillet/septembre 2003, p. 484.

423 - Art. 226-14 du Code pénal : « *l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable : 1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique...* ».

424 - Voir Cass. Crim., 17 décembre 2002, n° 02-83679.

425 - Voir, notamment, Hugues Moutouh, « Secret professionnel et liberté de conscience : l'exemple des ministres des cultes », *Dalloz* 2000, n° 28, p. 431 et Rémy Libchaber, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », RTD civ. 2003, p. 579.

426 - Brigitte Basdevant Gaudemet, « Le statut juridique de l'Islam en France », *RDJ* 1996.



matière pénale et civile⁴²⁷ (articles 227-17 du Code Pénal et 375 du Code civil) lorsque la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de leurs enfants sont compromises. Les choix effectués par les parents en matière religieuse s'imposent aux tiers. Le juge apprécie la volonté de l'enfant compte tenu de son âge, au regard de la réaction de ses parents, et privilégie la volonté de ces derniers⁴²⁸. Laissant, semble-t-il, une plus grande latitude au choix exercé par l'enfant mineur, l'article 14 de la Convention des Droits de l'Enfant signée à New York en 1989 consacre la liberté de religion de l'enfant et le rôle de « guides » que les parents doivent jouer en la matière. Dans certains cas, des sortes de « pré-majorités religieuses » ont été instaurées, permettant aux mineurs de 16 ans en Suisse, et 14 ans au Royaume-Uni de choisir leur confession⁴²⁹.

Depuis la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, l'autorité parentale est exercée conjointement que les parents vivent ensemble ou séparément. Toutefois, l'article 372-2 du Code civil dispose qu'« à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant ». La jurisprudence a eu à définir ce qui, en matière d'actes religieux, relevait ou non des « actes usuels ». Si le choix d'une confession et l'accomplissement d'un rituel initiatique ne sont pas des éléments qui relèvent de cette catégorie⁴³⁰ et supposent donc l'accord de chacun des parents, la pratique d'une religion en fait partie.

Lorsqu'il y a désaccord entre les parents, le juge des affaires familiales, compétent en cette matière, se fonde, s'il est saisi, sur plusieurs critères. De façon prépondérante, il tient compte de la pratique antérieure et des éventuels accords existant entre les parents⁴³¹, mais également d'autres éléments⁴³², comme les sentiments exprimés par le mineur⁴³³, l'aptitude des parents en matière éducative, le résultat de certaines expertises...⁴³⁴. L'appréciation du juge du fond est souveraine⁴³⁵. Les droits de visite et d'hébergement peuvent être modifiés en raison des préceptes religieux d'un parent, ces derniers entrant dans la catégorie des motifs graves pouvant justifier ce type de changement⁴³⁶. De même, lorsqu'il est saisi, le juge peut s'opposer à certains actes décidés par les parents⁴³⁷, notamment la volonté exprimée par le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale de changer la religion de l'enfant⁴³⁸. L'éducation religieuse donnée à l'enfant, si elle n'est pas par elle-même un

427 - M. Huyette, *Les sectes et les mineurs*, note sous Cass. Crim. du 17 oct. 2001, D. 2002, p. 751.

428 - Cass. Civ. 1^{re}, 11 juin 1991 : le juge interdit le baptême au sein des témoins de Jéhovah d'une jeune fille de 16 ans, sur sa propre décision, en raison du refus de sa mère.

429 - Compte rendu du Congrès des Notaires, Paris, Création Édition Exposition, 1999, p. 151.

430 - Cass. civ. 1, 11 juin 1991, note Ph. Malaurie, D. 1991, jurisprudence p. 522.

431 - Art. 373-2-11 du Code civil.

432 - Traité du droit français des religions, op. cité.

433 - Qui, évidemment, ne lie pas le juge : Cass. civ. 2, 5 juin 1991, refus de laisser une jeune fille de 12 ans vivre avec sa mère dans la Communauté du Grand Logis (Mouvement du Graal) malgré la demande expresse de la mineure.

434 - Art. 373-2-11, du Code civil.

435 - Cass., 19 juillet et 30 novembre 1898.

436 - Voir par exemple Cass. civ. 24 octobre 2000 ; Cass. civ. 2, 22 fév. 2000, CA Colmar, 16 oct. 1981.

437 - CA Paris, 3 nov. 1983, interdiction d'amener un enfant dans un lieu de culte.

438 - CA Paris, 18 oct. 1955 « *Considérant que non seulement le droit de garde ne confère pas à celui qui en est investi le pouvoir de modifier l'appartenance religieuse de l'enfant...* ».



motif de divorce, peut conduire chacun à des pratiques qui, elles, le justifient⁴³⁹. Ainsi, une fois la faute constatée, sa gravité caractérisée et le caractère intolérable du maintien des relations maritales constaté, les juges du fond peuvent souverainement prononcer un divorce pour conflit concernant l'éducation religieuse à donner à un enfant⁴⁴⁰.

L'article 1200 du nouveau Code de procédure civile précise désormais que « dans l'application des mesures de l'assistance éducative, il doit être tenu compte des convictions religieuses ou philosophiques du mineur et de sa famille ».

Les parents, lorsqu'ils orientent leur enfant dans son choix religieux, ou l'en éloignent, peuvent l'inciter à se diriger vers des mouvements caractérisés par des dérives sectaires. Aux termes de l'article 375 du Code civil, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur sont en danger ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises.

Dans un domaine voisin, celui de l'adoption, la jurisprudence considère que des candidats à l'adoption déclarant qu'ils adhéraient personnellement à la doctrine des témoins de Jéhovah en matière de transfusion sanguine et qu'ils étaient opposés à l'usage de cette méthode thérapeutique ne présentent pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour pouvoir bénéficier de l'agrément⁴⁴¹.

Les changements de prénom ou de nom pour des raisons religieuses

Aux termes de l'article 60 du Code civil, toute personne qui souhaite changer de prénom doit justifier d'un « intérêt légitime » et doit en faire la demande au juge des affaires familiales. Des motifs religieux, liés à une conversion, ou au souhait d'une meilleure intégration au sein d'une communauté religieuse, sont invoqués en particulier par des demandeurs de religion musulmane ou judaïque. Le juge judiciaire, dès lors qu'il les estime justifiés, les prend en compte.

Ainsi à la suite d'un arrêt de renvoi de la Cour de cassation⁴⁴², la cour d'appel d'Orléans⁴⁴³ a autorisé un requérant à substituer le prénom Mourad à celui de Marcel-Paul, nonobstant le fait que le requérant avait déjà effectué une demande de changement de prénom, un arrêt du Tribunal de grande instance de Paris⁴⁴⁴ l'ayant autorisé à substituer le prénom de Marcel-Paul à celui de Mourad. La cour d'appel invoque en l'espèce « la réalité [du] sentiment religieux » du requérant et la justification qu'il apporte de la nécessité du port d'un prénom musulman pour la pratique de sa religion. Pour la cour, le port du prénom musulman « constitue l'exercice par le requérant de la liberté de

439 - CA Lyon, 25 mars 1873.

440 - P. Barbier, note sous CA Paris, 15 oct. 1971, Gaz. Pal. 1972, jurisprudence, p. 121.

441 - CE, 24 avril 1992, Département du Doubs c/époux F., rec. p. 195.

442 - Cass. Civ. 1, 6 mars 1990, Karabaghli, Bull. civ. III n° 62.

443 - CA Orléans, 23 janvier 1992, Karabaghli c/Proc. Gén. Près Cour d'Appel d'Orléans, note (contra) E. de Monredon, JCP 1993, ed. G, II, 22065.

444 - TGI Paris, 23 juin 1976.



manifestation de sa foi religieuse, qui lui est reconnue par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, par la Constitution de 1958 et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Elle ajoute que le « *principe de laïcité qui implique nécessairement le respect de toutes les croyances* », n'interdit nullement à un citoyen français de porter un prénom musulman.

Cette solution a été réaffirmée dans des espèces assez diverses au vu des circonstances de chaque cas. La cour d'appel de Paris a par exemple retenu les arguments avancés par une requérante qui justifiait sa demande de suppression de son deuxième prénom en ce que ce dernier était pour elle source de problèmes réels et sérieux, d'ordre psychologique et d'identité religieuse, résultant, pour une personne convertie à la religion juïque, de la coexistence sur son état civil d'un prénom hébraïque et d'un prénom à forte connotation chrétienne. Ainsi cette dernière a-t-elle pu obtenir que le prénom de Sarah et non plus celui de Sarah Marie-Christine figure sur son état civil ⁴⁴⁵.

En revanche, les changements de nom, qui exigent un décret et là encore un « *intérêt légitime* », et qui sont vraisemblablement liés, parfois, à des préoccupations religieuses, sont plus difficilement accordés, en raison du principe d'immuabilité du nom patronymique, traditionnel dans notre droit, bien que non absolu. La cour administrative d'appel de Paris a ainsi jugé que le « *souci que faisait valoir une requérante de porter un nom à consonance juive conforme à sa véritable identité religieuse et à des origines familiales n'établit pas l'existence d'un intérêt légitime... de nature à justifier le changement de nom sollicité* » ⁴⁴⁶.

L'affirmation du caractère laïque du mariage

Les questions liées au mariage, à la polygamie et à la répudiation sont représentatives des incompatibilités qui peuvent exister entre l'ordre public français et des situations constituées à l'étranger, de délicates questions de droit international privé se posant alors. S'agissant des personnes de nationalité étrangère, celles-ci relèvent, pour leur statut personnel, de la loi de l'État dont elles ont la nationalité. Mais cette règle connaît une limite, le respect de l'ordre public français, même si, s'agissant de situations juridiques légalement constituées à l'étranger en vertu d'une loi étrangère, joue l'effet « *atténué* » de l'ordre public ⁴⁴⁷. Des conflits de lois peuvent dès lors intervenir, particulièrement pour les étrangers musulmans. Le Haut comité à l'intégration, dans son rapport 2000 sur l'Islam dans la République soulignait que « *deux catégories de personnes sont particulièrement exposées au regard de l'application des codes du statut personnel dans des pays où l'Islam est la religion majoritaire : les femmes et les enfants* ».

La loi de 1905 n'a pas abrogé les dispositions qui imposent l'antériorité du mariage civil en interdisant aux ministres du culte la célébration du mariage religieux avant le mariage civil. Ces dispositions figurent toujours à l'article 433-21

445 - CA Paris, 17 septembre 1996, JCP 1997, édition G.I, 4052.

446 - CAA Paris, 29 juin 1999, *M^{me} Ferry*.

447 - Cf. notamment Cass. Civ. 1^{re}, 7 janvier 1964, JDI, 1964, 302, note Goldman.



du Code pénal⁴⁴⁸. Si la question de leur maintien a été posée à diverses reprises par ceux qui les estimaient dépassées dès lors qu'était affirmée la séparation des Églises et de l'État⁴⁴⁹, elles ont été maintenues, bien que modifiées, puisque l'infraction est devenue une infraction d'habitude. Plusieurs éléments doivent être réunis pour qu'il y ait infraction : une cérémonie religieuse, l'absence de mariage civil antérieur, un acte commis de manière habituelle, l'habitude se constituant, en droit pénal, dès le deuxième acte⁴⁵⁰. Cette obligation d'antériorité du mariage civil joue même si le mariage a lieu entre deux ressortissants de nationalité non française d'un État qui ne reconnaît de mariage que religieux ou qui admet la validité des mariages religieux⁴⁵¹.

Aucune mention de l'appartenance religieuse ne doit figurer sur les actes d'état civil, et donc sur l'acte de mariage.

Le droit français reconnaît comme valable un mariage religieux conclu à l'étranger selon la loi nationale des époux. Mais il interdit à tout Français, où qu'il se trouve, et à tout étranger sur le sol Français, de contracter un second mariage avant la dissolution du précédent⁴⁵². De même, un Français ne peut contracter valablement un mariage à l'étranger avant la dissolution de son premier mariage. L'exception d'ordre public peut être invoquée pour autoriser un mariage qu'une loi étrangère prohiberait⁴⁵³ : ainsi, la loi marocaine est écartée au nom de l'ordre public français pour permettre le mariage en France d'une musulmane avec un non musulman. De même l'exception d'ordre public peut conduire à refuser un mariage que la loi étrangère autoriserait ; ainsi, des étrangers ne peuvent soutenir que leur mariage civil en France serait nul faute d'avoir été accompagné d'une cérémonie religieuse conformément à leur loi nationale⁴⁵⁴. Seuls certains effets patrimoniaux ont été reconnus en droit interne aux mariages polygamiques conclus à l'étranger⁴⁵⁵, afin d'assurer une certaine protection aux femmes et aux enfants. Ainsi ont été admis comme compatibles avec l'ordre public français les droits successoraux d'une seconde épouse et de ses enfants concurremment avec la première et ses enfants⁴⁵⁶, ou la créance alimentaire d'une seconde épouse⁴⁵⁷. A en revanche été écartée, dans le cas d'une première épouse française, l'application de la convention franco-algérienne du 19 janvier 1965 qui prévoyait que, dans l'hypothèse de décès de l'époux bigame, la rente due au conjoint survivant se partage à parts égales entre les deux épouses⁴⁵⁸. À propos de cette décision, certains commentateurs, rappelant que l'ordre public peut être invoqué alors

448 - « *Tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende.* »

449 - Émile Poulat, « La laïcité au nom de l'État », octobre 1990, *Bulletin de la conférence des évêques de France*.

450 - Cass. Crim, 24 mars 1944, DA 1944, 75.

451 - CA Toulouse, 7 mai 1890 (cf. Jurisclasseur Code pénal art. 433-19).

452 - Art 433-20 du Code pénal.

453 - CA Paris, 9 juin 1995, D 1996.

454 - Cass. civ. 1^{re}, 2 juin 1955 ; TGI Paris, 7 avril 1981.

455 - Cf. Jurisclasseur Droit international privé Fasc 534-4.

456 - Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1980, *Dame Bendeddouche*.

457 - Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1963, *Chemouni*.

458 - Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, *Baaziz*.



même que la loi étrangère est applicable en vertu d'un traité car la conclusion d'un tel instrument ne signifie pas que chacune des parties contractantes approuve la législation interne de l'autre partie, et encore moins la législation à venir, se sont cependant interrogés sur la possibilité d'écarter une règle spécialement élaborée par voie conventionnelle et donc devenue règle matérielle française. Ils ont fait en outre valoir qu'un raisonnement en termes de nullité du second mariage au lieu du recours à l'exception d'ordre public aurait permis un meilleur équilibre des intérêts en présence ⁴⁵⁹.

S'agissant des répudiations, la jurisprudence judiciaire est aujourd'hui stricte et affirme la contrariété ⁴⁶⁰ intrinsèque de la répudiation musulmane avec l'ordre public français, se fondant en particulier sur le protocole n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour de cassation a cependant admis, lorsque les garanties de procédure et les garanties financières pour l'épouse le permettaient, qu'une répudiation soit compatible avec l'ordre public français ⁴⁶¹ et l'on a pu dire que « *le niveau d'exigence de l'ordre public français en matière internationale est proportionnel à la force des liens qui rattachent la situation à l'ordre juridique du for* » ⁴⁶². On peut également noter que le droit local à Mayotte a admis jusqu'à aujourd'hui le mariage précoce des jeunes filles, la polygamie et la répudiation. Aussi bien la définition de modalités particulières de service des prestations familiales à Mayotte, en vue de dissuader de faire usage d'une polygamie autorisée, a-t-elle pu faire des difficultés ⁴⁶³. La loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, loi de programme pour l'outre-mer, supprime la possibilité de polygamie et de répudiation pour les personnes accédant à l'âge requis pour se marier au 1^{er} janvier 2005. Le Conseil Constitutionnel a estimé que cette loi n'était pas contraire à l'article 75 de la Constitution relatif au statut de droit civil local ⁴⁶⁴.

Nationalité et religion

Dans les hypothèses pour lesquelles l'assimilation est une condition de l'acquisition de la nationalité française, le Conseil d'État considère que cette assimilation à la communauté française doit être appréciée en fonction de l'ensemble des éléments portés à la connaissance de l'autorité compétente ⁴⁶⁵.

459 - Voir note Yves Lequette, *Revue critique de droit international privé* 78 (1), janvier-mars 1989, p. 72.

460 - Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1994, Bull. civ. I n° 192 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 2000, Bull. civ. I, n° 338.

461 - Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 1979, D. 1980, I, p. 549 ; Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 2001, Bull. civ. I, p. 127.

462 - À propos notamment d'un arrêt du 14 mars 2000 par lequel la Cour de cassation (2^e civ.) a estimé que la répudiation d'une épouse en dehors des cas prévus par l'article 13 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 était contraire à l'ordre public de l'État français dont l'époux de l'intéressée avait fait le choix de devenir le national (H. Fulchiron, « *Vers la fin de la prohibition de la répudiation musulmane ?* », JCP n° 25, 19 juin 2002, p. 1138).

463 - Par une décision du 30 juin 2003, *M^{me} Kamardine*, le Conseil d'État a admis la légalité des dispositions de l'ordonnance du 7 février 2002 attribuant des prestations familiales à Mayotte dès le premier enfant et limitant à trois le nombre d'enfants y ouvrant droit.

464 - Cons. const. n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003. LPA 30 juillet 2003, note Schoettl.

465 - CE, 23 décembre 1949, *Albonico*, rec. p. 572.



Il estime ainsi que la polygamie est un motif légal d'opposition à l'acquisition de la nationalité française⁴⁶⁶, mais refuse de prendre en compte les cas de polygamie « potentielle », situation des personnes mariées sous un régime autorisant la polygamie prévue par leur loi nationale, mais qui sont monogames⁴⁶⁷.

Les convictions religieuses en tant que telles, en l'absence d'éléments de nature à révéler un défaut d'assimilation, ne sauraient s'opposer à l'acquisition de la nationalité française. Ainsi, un décret d'opposition à l'acquisition de la nationalité française par déclaration fondé sur le seul motif que l'épouse du demandeur musulman porterait le « foulard islamique » et serait elle-même musulmane est illégal⁴⁶⁸. Mais le juge vérifie qu'elle ne subit pas de contrainte⁴⁶⁹.

La cour administrative d'appel de Nantes⁴⁷⁰, a en revanche jugé légal le rejet de demande de naturalisation d'une requérante qui militait activement au sein de la ligue française de défense de la femme musulmane, branche féminine de l'organisation des Frères musulmans, et dont le « *combat était essentiellement orienté vers le port du foulard islamique en tout lieu et notamment à l'école* », en faisant valoir que « *les libertés de conscience et religieuse ainsi que la liberté d'expression garanties par l'article 2 de la Constitution et l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen auquel renvoie le préambule de la Constitution et visées par les stipulations de l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne sont ni générales ni absolues et doivent être conciliées avec d'autres principes tout aussi fondamentaux, et que le refus d'accorder sa naturalisation à un étranger qui milite dans des mouvements prônant le mépris de certains de ces principes ne constitue, dans une société démocratique, ni une atteinte excessive aux libertés susmentionnées, ni une discrimination dans l'exercice de celle-ci* ».

Lors de l'examen des dossiers de nationalité (opposition à l'acquisition de la nationalité française par mariage, retrait de la nationalité), la Section sociale du Conseil d'État a eu à connaître d'affaires posant la question de savoir jusqu'à quel point l'existence d'affinités avec des mouvements religieux islamistes pouvait être constitutive d'un défaut d'assimilation aux valeurs essentielles de la communauté française⁴⁷¹. Elle a considéré qu'une participation active à une association à vocation religieuse ou culturelle musulmane, une stricte observance des obligations du culte musulman, ou encore du port de vêtements traditionnels, et celui du foulard ou d'un voile par l'épouse du demandeur, ne permettaient pas de conclure au défaut d'assimilation, dès lors

466 - CE, 11 mars 1988, *Ministre des Affaires sociales et de l'emploi c/Diagne*, à propos d'une demande de réintégration dans la nationalité par déclaration, rec. p. 783. CE, 24 janvier 1994, *Cis-soko*, à propos d'une acquisition de la nationalité par mariage, rec. p. 937.

467 - CE, Sect. 11 février 1994, *Kanoute*, rec. p. 69 ; CE, 11 février 1994, *M^{me} Webina-Orombia*, rec. p. 68.

468 - CE, 19 novembre 1997, *Ben Halima* ; voir également 23 mars 1994, *Karshenas Najaf*.

469 - Cf. conclusions du commissaire du gouvernement P. Hubert dans l'affaire *Ben Halima*.

470 - CAA Nantes, 11 avril 2003, *M^{me} Guergah*. Cet arrêt fait l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'État.

471 - Voir notamment les rapports publics du Conseil d'État 1995 et 1998.



que n'était relevé aucun comportement ou acte de propagande allant à l'encontre des valeurs de tolérance et de laïcité, ainsi que d'égalité entre les sexes. Des avis favorables ont en revanche été donnés à plusieurs décrets d'opposition fondés sur des comportements individuels visant à propager ou, sous des formes diverses et de manière plus ou moins ostensible, à soutenir ou encourager la propagation de thèses extrémistes, qui sont contraires aux valeurs de tolérance et de laïcité de la société française.



Troisième partie

Vers un approfondissement ?

L'idée selon laquelle la laïcité serait une exception française est controversée. « *La croyance d'une laïcité franco-française s'érode quand on sait que Pressensé*⁴⁷² *trouva la solution à la principale difficulté de la séparation en Écosse et aux États-Unis... Loin des aspérités de la plupart des lois (il) recherche la formule conciliatrice. Il trouve l'essentiel de l'article 4 en examinant la législation d'États américains et celle qui concerne l'Église libre d'Écosse* »⁴⁷³. Mais sans doute, en France, plus qu'ailleurs, la laïcité a-t-elle été affirmée, y compris dans les textes, et un penseur tel que Marcel Gauchet a pu estimer qu'elle constitue « *l'un des foyers d'inquiétude d'une France inquiète* »⁴⁷⁴. En ce sens, on peut parler de singularité française, plus que d'exception. Fruit d'une évolution suivie par l'ensemble des États occidentaux qui, sans, pour la plupart, se référer expressément à la laïcité dans leur Constitution, y consacrent la liberté de conscience et le pluralisme religieux, la laïcité s'insère aujourd'hui dans un contexte international qui affirme ces principes. Confrontée à une conception de l'égalité de traitement sans cesse plus exigeante, elle suppose que soit poursuivie la recherche de l'équilibre indispensable entre la sphère de la spiritualité et l'ordre étatique.

3.1. Le contexte international et européen de la laïcité française

3.1.1. Les engagements internationaux de la France

La France est aujourd'hui liée par un ensemble de textes internationaux rédigés en termes similaires, postérieurs à la loi de 1905. Le concept de laïcité n'y apparaît pas. C'est sous l'angle de la liberté de religion que sont indirectement appréhendés, au niveau international, les rapports entre les Églises et les États, par des textes qui garantissent le respect de la liberté religieuse et l'absence de discrimination pour des raisons religieuses, mais admettent des restrictions légitimes.

472 - Francis Dehaut de Pressensé, député socialiste de 1902 à 1910.

473 - Jean Baubérot, *Histoire de la laïcité française*, PUF, 2000.

474 - Marcel Gauchet, *La religion dans la démocratie*, Gallimard 1998.



La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, et que la France a ratifiée le 3 mai 1974, reprend très largement les dispositions qui figurent dans La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Elle les assortit d'un mécanisme de contrôle juridictionnel, avec la création de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Convention ne fait aucune référence directe ou indirecte à une valeur religieuse qui serait commune à l'Europe. Plusieurs articles traitent en revanche de la liberté de religion, que la religion ou les convictions religieuses soient expressément mentionnées (art. 9 et 14 de la Convention, art. 2 du 1^{er} protocole), ou qu'elles soient englobées dans la liberté d'expression (art. 10).

L'article 9 de la Convention affirme le droit de toute personne à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Il précise que ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, et que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction s'exerce tant individuellement que collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. Toutefois, s'agissant de la liberté de manifester sa religion, ce même article prévoit dans son paragraphe 2 des possibilités de restriction. Ces possibilités sont encadrées : elles doivent être prévues par la loi et constituer des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

L'article 10 affirme le droit de toute personne à la liberté d'expression, droit qui comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence des autorités publiques. Son paragraphe 2 prévoit que des conditions, restrictions ou sanctions peuvent être apportées à l'exercice de ce droit mais dans des limites similaires à celles énoncées à l'article 9 paragraphe 2. L'article 14 de la Convention porte sur l'interdiction des discriminations, notamment fondées sur la religion. Aux termes de l'article 2 du premier protocole, l'État doit respecter le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques⁴⁷⁵.

Avec le pacte international relatif aux droits civils et politiques et celui relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 entrés en vigueur à l'égard de la France le 4 février 1981, les États parties s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée notamment sur la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion. Des dispositions similaires à celles figurant dans la Déclaration des droits de l'homme et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et

475 - L'article 1^{er} du protocole n° 12, non encore en vigueur, et qui porte sur l'interdiction de la discrimination, prévoit que « *la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment... sur la religion...* ». La France n'envisage pas, à ce stade, de devenir partie à ce protocole, essentiellement pour des raisons liées à la situation actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme qui doit faire face à une augmentation considérable des affaires portées devant elle. Voir réponse du ministre des Affaires étrangères à la question écrite n° 34441. *J.O Sénat* du 1^{er} novembre 2001, p. 3457.



des libertés fondamentales sur la liberté de pensée, de conscience et de religion et les restrictions légitimes qui peuvent y être apportées sont reprises. Les États parties conviennent en outre que « *l'éducation doit mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans une société libre, favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux...* ». Ils s'engagent à respecter la liberté des parents de choisir pour leurs enfants des établissements « *autres que ceux des pouvoirs publics* » et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

Outre ces textes, peuvent être citées la Convention du 15 décembre 1960 concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement ⁴⁷⁶, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ⁴⁷⁷ du 7 mars 1966, qui vont dans le même sens et la Convention relative aux droits de l'enfant ⁴⁷⁸ du 20 novembre 1989, qui affirme le droit de l'enfant à la liberté d'expression de pensée, de conscience et de religion, ainsi que le droit de l'enfant d'accéder à l'enseignement dans le respect de ses différences culturelles.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la liberté religieuse

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, **la liberté de pensée, de conscience et de religion protégée par l'article 9** « *représente l'une des assises d'une société démocratique au sens de la Convention* ». « *Cette liberté implique, notamment, celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer* » ⁴⁷⁹.

La Cour souligne que si la liberté de religion relève d'abord du for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion en public ou en privé, individuellement ou collectivement. Mais si le pluralisme exige que puissent coexister plusieurs religions au sein d'une même population ⁴⁸⁰, il peut s'avérer nécessaire d'assortir la liberté garantie par l'article 9 de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun ⁴⁸¹. La jurisprudence de la Cour admet le caractère relatif de la liberté religieuse. Il convient cependant que les ingérences dans l'exercice du droit à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions correspondent à « *un besoin social impérieux* », soient « *proportionnées au but légitime visé* » et soient « *prévues par la loi* » ⁴⁸².

476 - Entrée en vigueur le 22 mai 1962 ; *JORF* 7 novembre 1961, décret 61-1202.

477 - Entrée en vigueur le 4 janvier 1969. Entrée en vigueur en France le 27 avril 1971, *JORF* 10 novembre 1971, décret 71-901.

478 - Entrée en vigueur le 2 septembre 1990 ; en vigueur en France le 6 septembre 1990.

479 - CEDH, *Kokkinakis, c/Grèce*, 25 mai 1993, série A n° 260-A ; *arrêt Refah Partisi* (parti de la prospérité) et autres *c/Turquie*, 13 février 2003.

480 - CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976 ; *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994 ; *Refah partisi* précité.

481 - CEDH, Arrêts *Kokkinakis et Refah Partisi* précités.

482 - CEDH, *Kokkinakis c/Grèce*, précité, *Hassan et Tchaouch c/Bulgarie*, 26 octobre 2000, rec. 2000-XI.



La Cour ne considère pas qu'il y a un modèle de régime européen en matière de religion. L'organisation des rapports entre les Églises et l'État relève de la marge d'appréciation laissée à chaque État, pourvu que cette organisation n'ait pas de conséquences sur l'exercice des libertés garanties par la Convention. La Cour souligne le rôle de l'État en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des religions, rôle qui contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique. Elle considère que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un pouvoir d'appréciation de sa part sur la légitimité des croyances religieuses ou sur leurs modalités d'expression et qu'il lui impose de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent⁴⁸³.

Mais « *l'organisation par l'État de l'exercice d'un culte concourt à la paix religieuse et à la tolérance* ». Dans une affaire relative à la réglementation des abattages rituels en France⁴⁸⁴, la Cour a estimé qu'en instituant une exception au principe de l'étourdissement préalable des animaux destinés à l'abattage, régime dérogatoire réservé aux seuls sacrificateurs habilités par des organismes religieux agréés, le droit interne a concrétisé un engagement positif de l'État visant à assurer le respect effectif de la liberté de religion. Elle a en revanche considéré que des changements de direction et des statuts de la communauté musulmane édictés par le pouvoir exécutif bulgare, qui favorisait ainsi une fraction de cette communauté, étaient contraires aux dispositions de l'article 9 de la CEDH⁴⁸⁵.

Par une jurisprudence constante, la Cour rappelle que l'État peut limiter la liberté de **manifest**er une religion si cette manifestation porte atteinte à « *l'objectif visé de la protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publics* »⁴⁸⁶. L'article 9 « *ne protège pas n'importe quel acte inspiré ou motivé par une religion ou une conviction* »⁴⁸⁷. Si la dissolution d'un parti politique assortie d'une interdiction temporaire pour ses dirigeants d'exercer des responsabilités politiques est une mesure radicale et d'une telle sévérité qu'elle ne peut s'appliquer qu'aux cas les plus graves⁴⁸⁸ de telles mesures ont été regardées comme justifiées dans le cas de la dissolution par la Cour constitutionnelle turque d'un parti politique dont les dirigeants préconisaient l'instauration de la charia, l'institution d'un système multijuridique selon les confessions, avec notamment l'application de certaines règles de

483 - CEDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis c/Grèce*, rec. 1996-IV ; *Refah Partisi*, précité ; CEDH, 13 décembre 2001, *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c/Moldova*, rec. 2001-XII.

484 - CEDH, 27 juin 2000, *Cha'are Shalom V Tsedek c/France*, rec. 2000-VII.

485 - CEDH, 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaoutch c/Bulgarie*, précité.

486 - CEDH, 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse, Refah partisi* précité.

487 - CEDH, 23 juin 1997, *Kalaç c. Turquie*, rec. 1997-IV.

488 - CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres*, rec. 1998-I.



droit privé de la charia aux personnes de religion musulmane, ainsi que le djihad pour convaincre les infidèles ⁴⁸⁹.

Dans l'affaire *Kokkinakis c/Grèce*, la Cour admet que l'État réprime le prosélytisme abusif, mais en précisant qu'il y a lieu de distinguer le témoignage chrétien qui correspond à la vraie évangélisation du prosélytisme abusif. La liberté religieuse doit en outre céder devant le respect des règlements relatifs au service militaire ⁴⁹⁰, de même que devant des obligations fiscales ⁴⁹¹, ou l'obligation faite à un motocycliste de porter un casque, qui serait, selon lui, contraire à ses devoirs religieux ⁴⁹². Un État ne doit pas lier l'octroi d'avantages ou de désavantages au fait d'être membre d'une communauté religieuse ⁴⁹³.

S'agissant du critère selon lequel l'ingérence des pouvoirs publics dans la liberté de religion doit être « prévue par la loi », son acception reste large. Ainsi, à propos de la mesure d'évacuation des occupants de l'Église Saint-Bernard à Paris ⁴⁹⁴, la Cour a considéré que l'ingérence était prévue par la loi de 1905 qui confie « *la police des cultes non pas au curé de l'Église, mais aux autorités locales qui peuvent agir soit à sa demande, soit de leur propre initiative* ». Dans l'affaire *Dahlab c/Suisse* (15 février 2001), la Cour a estimé que l'interdiction du port du voile signifiée à une institutrice était fondée sur une base légale, en relevant, « *ayant examiné les considérations développées à ce propos par le tribunal fédéral* », que les dispositions de la loi nationale qui posent le principe selon lequel l'enseignement public doit respecter les convictions religieuses des élèves et des parents et énonçant la règle selon laquelle les fonctionnaires doivent être laïques, étaient suffisamment précises pour permettre aux personnes intéressées de régler leur conduite. La Cour rappelle dans cette affaire sa position constante selon laquelle « *Aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots "prévues par la loi". Il faut d'abord que la "loi" soit suffisamment accessible* ». En sens inverse, dans les affaires *Kruslin c/France* et *Huvig c/France* du 24 avril 1990, et dans la ligne de sa jurisprudence *Malone c/Royaume-Uni* (2 août 1984), la Cour a considéré que le droit français alors applicable pour les écoutes téléphoniques « *écrit ou non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités* ». Elle relevait notamment que la jurisprudence n'avait pas explicitement consacré certaines garanties que le gouvernement devait appliquer.

489 - Affaire *Refah Partisi*, précitée. Dans un récent arrêt, la Cour a estimé en revanche, s'agissant de propos tenus par le représentant d'une secte lors d'un débat télévisé en Turquie, que le simple fait de défendre la charia, sans en appeler à la violence pour l'établir, ne saurait passer pour un « discours de haine » et justifier les sanctions (deux ans d'emprisonnement et une amende) prononcées par les juridictions turques en l'espèce (CEDH, 4 décembre 2003, *Müslüm Gündüz c/Turquie*).

490 - 12 décembre 1966, *Grandath c/RFA*, n° 2299/66, décision du comité des ministres à propos des témoins de Jéhovah.

491 - 15 décembre 1983, *C. c/Royaume-Uni*, n° 10358/83, décision de la Commission s'agissant du refus d'un Quaker de contribuer aux dépenses militaires.

492 - *X. c/Royaume-Uni*, décision de la Commission du 12 juillet 1978, n° 7992/77.

493 - CEDH, 23 juin 1993, *Hoffman c/Autriche*.

494 - CEDH, 9 avril 2001, *Cissé c/France*.



La Cour se prononce au cas par cas, selon les libertés en cause, sur le degré de précision que doit revêtir la « loi » qui prévoit les ingérences, sans exclure une marge de souplesse permettant de régler les affaires selon les cas d'espèce, et en tenant compte de l'interprétation que la jurisprudence nationale donne des textes.

Au-delà de l'affirmation des principes, il n'est cependant pas très aisé de déterminer, au vu de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, jusqu'où peuvent aller les restrictions admises. La marge d'appréciation laissée aux États est souvent liée aux circonstances de l'espèce. Dès lors que la Cour retient généralement un faisceau de critères, il est difficile d'apprécier la pondération qu'elle attache à chacun des critères mentionnés.

On peut déduire des arrêts de la Cour l'affirmation implicite qu'une certaine laïcité ouverte et tolérante est légitime voire indispensable pour l'exercice des droits de l'homme. La Cour, toujours soucieuse de distinguer les droits intangibles qui s'imposent sans marge d'appréciation et ceux pour lesquels les États disposent d'une certaine marge, estime que, s'agissant de la liberté de religion, une marge d'appréciation est laissée aux États pour ce qui concerne leurs rapports avec les Églises. La motivation de ses arrêts montre qu'elle tient compte du contexte propre à chaque État (religion dominante, laïcité affirmée...). Mais sa jurisprudence est de plus en plus marquée par un souci de cohérence et de recherche d'un équilibre entre les différentes traditions juridiques des États. Se référant à son arrêt *Kalaç c. Turquie*, la Cour, dans l'affaire *Refah Partisi*, fait valoir que, dans le cas de la Turquie, « les organes de la convention ont estimé que le principe de laïcité était assurément l'un des principes fondateurs de l'État qui cadrent avec la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme et de la démocratie. Une attitude ne respectant pas ce principe ne sera pas nécessairement acceptée comme faisant partie de la liberté de manifester sa religion ».

S'agissant de l'enseignement, la Cour veille au respect « *du pluralisme éducatif* » et des convictions des parents, sans que ceux-ci aient un droit absolu d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions⁴⁹⁵. Les convictions des parents ne doivent pas aller à l'encontre du droit fondamental de l'enfant à l'instruction⁴⁹⁶. La liberté de l'enseignement, et notamment la possibilité pour les parents d'inscrire leurs enfants dans une école privée, doit être assurée. Les élèves ne peuvent être contraints de suivre un enseignement religieux.

S'agissant du port du foulard islamique, la Cour n'a eu à trancher que des cas d'espèce ne permettant pas à ce stade de dégager une position générale. Elle a considéré que l'interdiction signifiée à une institutrice de revêtir, dans le seul cadre de son activité professionnelle, le foulard islamique, poursuivait le but légitime du respect de la neutralité de l'enseignement primaire public⁴⁹⁷. Elle

495 - CEDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/Danemark*, série A n° 23.

496 - Voir en particulier, sur l'enseignement et la religion, CEDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosans c/Royaume-Uni*, série A n° 48 ; CEDH, déc. 27 avril 1999, *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira c/Luxembourg* ; CEDH *Kjeldsen*, précité ; *A. Jimenez Alonso et P. J Jimenez Merino*, décision du 25 mai 2000 ; CEDH, *Valsamis c/Grèce*, 18 décembre 1996.

497 - CEDH, 15 février 2001, *L. Dahlab c Suisse*. La requérante contestait la décision du Tribunal fédéral suisse du 12 nov. 1997, RUDH 1998, p. 53



a souligné qu'il convenait de mettre en balance « le droit de l'instituteur de manifester sa religion et la protection de l'élève à travers la sauvegarde de la paix religieuse » et relevé en particulier le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge, qui les rendait plus influençables que des élèves plus âgés⁴⁹⁸.

S'agissant non plus des enseignants, mais des élèves, la Commission (décision du 3 mai 1993 *Karaduman*) a été appelée à se prononcer sur le refus d'une université turque de délivrer à une **étudiante** son diplôme dès lors que la photographie d'identité produite, sur laquelle elle portait un foulard, n'était pas conforme au règlement de l'université. La Cour, se référant à cette décision de la Commission dans son arrêt *Refah Partisi* du 13 février 2003, indique (§95) : « Dans un pays comme la Turquie, où la grande majorité de la population adhère à une religion précise, des mesures prises dans les universités en vue d'empêcher certains mouvements fondamentalistes religieux d'exercer une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas la religion en cause ou sur ceux adhérant à une autre religion peuvent être justifiées au regard de l'article 9 de la Convention ».

Il est difficile de déterminer si cette décision pourrait être regardée comme transposable au cas français. Une affaire *Tekin et Sahin c/Turquie* concernant le port du voile et de la barbe à l'université par des étudiants, non encore jugée, permettra peut-être de préciser la position de la Cour sur cette question.

La liberté de religion et le traité sur l'Union européenne

Si les **textes et la pratique communautaire** reconnaissent la liberté religieuse, il n'existe pas de conception commune des rapports entre les États et la religion en droit communautaire, qui restent avant tout de compétence nationale. Le concept de laïcité ne figure pas davantage dans les textes fondateurs de l'Union européenne.

Cette absence de conception commune est compensée par l'approche convergente sur les droits fondamentaux consacrée par la référence, à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui affirme elle-même la liberté de pensée, de conscience et de religion, ainsi qu'aux traditions constitutionnelles communes aux États membres.

Le droit communautaire actuel consacre plutôt un principe de non intervention et renvoie aux différents droits nationaux. La onzième déclaration annexée au traité d'Amsterdam précise ainsi que l'Union européenne « respecte et ne préjuge pas le statut dont bénéficient en vertu du droit national les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les

498 - La Cour, tout en relevant le bas âge des élèves qui les rend plus influençables, estime : « Comment pourrait-on dans ces circonstances dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement compatible avec le principe d'égalité des sexes. Ainsi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves. »



États membres ». Le Conseil peut toutefois, en application de l'article 13 du traité instituant la Communauté européenne, prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur la religion, mais dans la limite des compétences conférées à la Communauté.

Le droit communautaire retient essentiellement une approche indirecte par le biais des règles imposées par le marché intérieur, en particulier le principe de non discrimination. De nombreux textes de droit dérivé interdisent toute discrimination fondée sur la religion. Certains tiennent compte de considérations religieuses. Ainsi par exemple, le protocole sur la protection et le bien-être des animaux prévoit-il que la Communauté et les États membres tiennent compte des exigences du bien-être des animaux, « *tout en respectant les dispositions législatives ou administratives des États membres en matière notamment de rites religieux* ». Des directives réglementant l'abattage des animaux comportent des dispositions pour l'abattage rituel⁴⁹⁹. La sixième directive TVA prévoit des mesures d'exonération pour les activités sans but lucratif poursuivant des objectifs de nature religieuse⁵⁰⁰, les textes relatifs aux statuts des fonctionnaires des Communautés européennes affirment l'égalité de traitement sans distinction fondée notamment sur la religion⁵⁰¹, des dispositions concernant la protection de la liberté du culte et de conviction religieuse figurant dans les directives portant sur la coordination des dispositions relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle⁵⁰², les textes sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel comportent des dispositions sur l'interdiction du traitement des données à caractère personnel révélant des convictions religieuses⁵⁰³.

La Cour de justice des Communautés européennes ne connaît de même du fait religieux, le plus souvent, qu'à travers la réglementation des activités économiques. Cette approche indirecte tient compte du respect des traditions constitutionnelles et des régimes culturels nationaux et se fonde sur les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Cour a adopté une telle attitude, en particulier, lorsqu'elle a considéré qu'une réglementation qui édicte une interdiction d'ouverture des commerces

499 - Directive du Conseil, 22 juin 1995, 95/23/CE ; directive du Conseil, 22 décembre 1993, 93/119/CE.

500 - Sixième directive du Conseil, 17 mai 1977, 77/388/CEE.

501 - Conseil du 7 avril 1998, Règlement (CE-CECA-Euratom) n° 781/98. Cf. également supra, à propos des textes communautaires relatifs à l'aménagement du temps de travail qui prévoient qu'il convient de tenir compte, notamment, des facteurs religieux pour ce qui concerne la période de repos hebdomadaire.

502 - Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997. Directive 89/552/CEE du Conseil du 30 octobre 1989.

503 - Règlement CE n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000, directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 ; voir sur la portée de cette directive le récent arrêt du 6 novembre 2003, affaire C-101/01, rendu sur question préjudicielle, à propos d'un litige opposant une ressortissante suédoise qui exerçait la fonction de formatrice de communiantes au sein d'une paroisse et avait créé un site internet personnel, à l'autorité administrative suédoise compétente en matière de protection de données informatiques.



le dimanche poursuit un but justifié au regard du droit communautaire⁵⁰⁴, ou lorsqu'elle a estimé que si un candidat à un concours organisé par les Communautés informe à temps l'autorité investie du pouvoir de nomination que des impératifs d'ordre religieux l'empêchaient de se présenter aux épreuves à certaines dates, celle-ci doit en tenir compte et s'efforcer d'éviter de retenir ces dates pour les épreuves⁵⁰⁵. Elle a en outre considéré que le refus d'accès au territoire du Royaume-Uni d'un membre de l'Église de scientologie n'était pas contraire au principe de libre circulation des travailleurs, en se fondant sur le comportement personnel du demandeur et sur l'appréciation par l'État des nécessités d'ordre public⁵⁰⁶.

Au-delà d'une approche purement économique, dans le cadre des titres V (dispositions concernant une politique étrangère et de sécurité commune) et VI (dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale) du Traité sur l'Union Européenne, des résolutions, positions ou actions communes condamnent les atteintes à la liberté religieuse. Ainsi, aux termes d'une position commune du 4 mars 1996, concernant l'application harmonisée de la définition du terme réfugié au sens de l'article 1^{er} de la convention de Genève relative au statut du réfugié, la qualité de réfugié peut être accordée à toute personne persécutée pour des motifs religieux revêtant diverses formes « *allant de l'interdiction totale de l'exercice du culte et de l'enseignement religieux à des mesures gravement discriminatoires à l'encontre de personnes appartenant à tel ou tel groupe religieux* »⁵⁰⁷.

Enfin, en raison de l'approche essentiellement économique du droit communautaire, c'est par ce biais qu'il appréhende les dérives sectaires. Si la question de la lutte contre les dérives sectaires reste avant tout du domaine réservé aux États, et si ceux-ci n'ont pas toujours une approche convergente sur ce sujet, les progrès de la coopération judiciaire au sein de l'Union européenne permettront sans doute d'avancer dans la voie de l'harmonisation des moyens de lutte contre ce phénomène.

La **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** qui est reprise par la Partie II du projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe fait référence dans son préambule au « *patrimoine spirituel et moral* » de l'Union. Son article 10 proclame le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion et reprend les dispositions du § 1 de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Son article 21 interdit toute discrimination fondée notamment sur la religion ou les convictions et aux termes de son article 22 l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse ou linguistique. Son article 14 affirme le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques.

504 - CJCE, Affaire C-332/89, 28 février 1991, *Procédure pénale c/André Marchandise, Jean-Marie Chapuis et S.A. Trafifex*, rec. 1991, p. I-1027.

505 - CJCE, Aff. C-130/75, 27 octobre 1976, *Vivien Prais c/Conseil*, rec. 1977, p. 1589.

506 - CJCE, Aff. C-41/74, 4 décembre 1974, *Van Duyn/Home Office*, rec. 1974, p. 1337.

507 - Sophie Perez, *Le régime administratif des cultes en Europe*, Centre de recherches administratives, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille.



Ces différents articles n'ont pas suscité de difficultés particulières. En revanche, s'agissant du préambule, les autorités françaises s'étaient opposées à la mention d'un « héritage religieux » dont elles craignaient la contrariété avec le principe de laïcité affirmé à l'article 1^{er} de la Constitution française, à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 15 juin 1999 rendue à propos de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires. Par cette décision, le Conseil constitutionnel avait refusé de reconnaître des droits spécifiques à des groupes de locuteurs de langues régionales minoritaires au titre des principes d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français. Le rapport avec cette décision n'est cependant pas évident. L'accord s'est fait sur « *le patrimoine spirituel* », ce qui donne cependant dans la version allemande les termes « *geistig-religiösen* » qui peuvent se traduire, littéralement, par « *spiritualo-religieux* ».

La question de l'héritage religieux, longtemps restée en marge des travaux de la **Convention sur l'avenir de l'Europe**, a cependant ressurgi, montrant ainsi la sensibilité du sujet, et les préoccupations et demandes se sont faites plus précises lors de l'examen du préambule et des articles du projet de traité.

En novembre 2002, la COMECE (Commission des Episcopats de la Communauté européenne) a ainsi appelé les membres de la Convention à reconnaître la contribution spécifique de la religion dans la définition des valeurs de l'Union, en proposant qu'une référence à Dieu soit inscrite dans la Constitution pour l'Europe. Le pape Jean-Paul II est également intervenu en faveur de l'insertion d'une référence aux racines chrétiennes de l'Europe et en insistant sur la nécessaire reconnaissance de la liberté religieuse, d'un dialogue et d'une consultation structurés entre religions et gouvernants et du respect du statut juridique des religions.

Les difficultés sont apparues à propos des dispositions à introduire sur les valeurs de l'Union dans le préambule. Aucune référence à la religion ou à Dieu n'y figurait à l'origine. De nombreux amendements furent déposés, allant de la référence aux « *valeurs de ceux qui croient en Dieu*⁵⁰⁸ », ou au « *christianisme, enraciné dans l'histoire européenne* », à l'affirmation de la séparation des Églises et de l'État ou de la reconnaissance de la laïcité comme principe fondamental de l'Union européenne, en passant par les « *racines judéo-chrétiennes* » de l'Union. Le texte actuel fait référence aux « *héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe* ». Dans ses commentaires du texte du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe⁵⁰⁹, Olivier Duhamel écrit : « *Le texte consacre la neutralité de l'Europe à l'égard des religions. De Dieu, point de mention. La définition philosophique de notre continent réside ailleurs dans "les valeurs qui fondent l'humanisme". Voilà qui réjouira les héritiers des Lumières. "Les héritages religieux" ne sont mentionnés qu'en rappel historique. Et ils le sont au pluriel. Se retrouvent*

508 - Cf. l'amendement déposé par des parlementaires européens au nom du groupe PPE (amendement Brok) et directement inspiré du préambule de la Constitution polonaise : « *Les valeurs de l'Union comprennent les valeurs de ceux qui croient en Dieu comme source de la vérité, de la justice, du bien et de la beauté de même que celles de ceux qui ne partagent pas cette foi et cherchent ces valeurs universelles dans d'autres sources.* »

509 - Olivier Duhamel, *Pour l'Europe*, octobre 2003.



ainsi sur un pied d'égalité les principales religions qui ont nourri la civilisation européenne : la juive, la chrétienne, la musulmane. Elles sont d'ailleurs évoquées au même rang que d'autres héritages "culturels", "humanistes", ceux des "civilisations hellénique et romaine" ou des "courants philosophiques des Lumières" ».

Il reste que cette référence aux héritages religieux, même si elle ne figure que dans le préambule de la Constitution et non dans le corps du texte, aura vraisemblablement un impact juridique : au titre des « valeurs de l'Union », et comme élément d'interprétation constitutionnelle pour le juge.

Le projet d'article 51 de la Constitution pour l'Europe a donné lieu également à discussion. Aux termes de cet article : « 1. *L'Union respecte et ne préjuge pas du statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres.* 2. *L'Union respecte également le statut des organisations philosophiques et non confessionnelles.* 3. *Reconnaissant leur identité et leur contribution spécifique, l'Union maintient un dialogue ouvert, transparent et régulier, avec ces églises et organisations ».*

Les deux premiers alinéas reprennent la déclaration n° 11 annexée au Traité d'Amsterdam. Le troisième est nouveau. Il vise à établir un parallèle avec l'article 46 qui prévoit un dialogue régulier avec les associations représentatives de la société civile. Les autorités françaises avaient demandé la suppression de cet alinéa, craignant que ces dispositions, jointes au principe de non-discrimination, puissent servir de fondement aux organismes philosophiques et non confessionnels, y compris ceux caractérisés par des dérives sectaires, pour une action devant la Cour de justice des Communautés européennes. Cette demande a suscité de vives réactions de la part des autorités religieuses, très attachées à ces dispositions qui, pour elles, signifient la reconnaissance de ce que les Églises font partie intégrante de la vie publique au sein de l'Union, sur la base des statuts qui leur ont été reconnus dans le cadre national.

3.1.2. Les rapports entre l'État et les religions en Europe occidentale

La laïcité française constitue-t-elle une exception ? Singularité plus qu'exception, elle s'inscrit dans un contexte d'évolution générale, en Europe, dans le sens d'une séparation plus affirmée des Églises et de l'État. Pour Régis Debray, « *Inscrite dans la Constitution, plus exigeante qu'une séparation juridique des Églises et de l'État et plus ambitieuse qu'une simple "sécularisation" (qui déconfessionnalise les valeurs religieuses pour mieux les déployer dans la société civile elle-même), notre approche nationale d'un principe en droit universel dont l'application en France, pour imparfaite qu'elle soit, est plus avancée qu'ailleurs, constitue une singularité en Europe* »⁵¹⁰.

510 - Régis Debray, *L'enseignement du fait religieux à l'École laïque*, Rapport à M. Le ministre de l'Éducation nationale, février 2002.



À l'échelle de l'Europe de l'Ouest, si l'affirmation française de la laïcité dans les textes constitutionnels reste une exception, mise à part la référence, dans la Loi fondamentale allemande, aux « écoles laïques », l'approche convergente sur les grands principes est manifeste, en dépit de solutions qui vont de la religion d'État à la séparation proclamée en passant par des systèmes de type concordataire.

La diversité des solutions retenues

La mention de Dieu figure dans plusieurs constitutions des États européens. La Loi fondamentale allemande se réfère à Dieu : « *Conscient de la responsabilité devant Dieu et devant les hommes... le peuple allemand s'est donné la présente loi fondamentale en vertu de son pouvoir constituant* ». La Constitution grecque débute par les mots « *Au nom de la Trinité Sainte, consubstantielle et indivisible* », la Constitution irlandaise par « *Au nom de la Très Sainte Trinité, dont dérive toute puissance et à qui il faut rapporter, comme à notre but suprême, toutes les actions des hommes et des États* ». Une comparaison entre les régimes juridiques d'organisation des rapports entre États et religions en Europe montre en outre leur grande diversité de structures, qu'il est difficile de classer de façon figée. Plusieurs tendances peuvent cependant être distinguées.

Celle de la laïcité proclamée, où l'on range la France, unique de ce point de vue, en est une première. Aux Pays-Bas, prévaut également une forte affirmation dans les textes constitutionnels du principe de neutralité et de séparation entre l'Église et l'État.

Certains États connaissent un régime de séparation des Églises et de l'État assorti d'un traitement particulier pour certaines confessions. C'est le cas de l'Espagne, où coexistent un régime fondé sur des accords avec le Saint-Siège pour l'Église catholique, et un système d'« enregistrement » pour les autres confessions qui peut leur permettre, lorsqu'elles bénéficient d'une implantation notoire, de conclure des conventions de coopération avec l'État. En Italie, coexistent les accords du Latran⁵¹¹ entre l'État et le Saint-Siège pour l'Église catholique⁵¹² et des ententes avec les autres confessions. L'Irlande, la Suède et le Portugal peuvent être classés dans ce même groupe.

D'autres États ont un régime de séparation assorti d'un système de reconnaissance ou d'enregistrement de certaines confessions. L'Allemagne connaît ainsi un régime de séparation accompagné d'un système d'« organismes de droit public » qui permet aux religions qui en relèvent de bénéficier de la part de l'impôt sur le revenu versé aux organisations religieuses. La Belgique a également mis en place un système de « religions reconnues » dont ont bénéficié six confessions. L'Autriche et le Luxembourg peuvent également être regardés comme faisant partie de ce groupe.

511 - En 1984, les accords dits de Villa Madame ont modifié les accords du Latran.

512 - Un arrêt de la Cour constitutionnelle italienne du 11 avril 1989, n° 203, a qualifié de principe suprême de l'ordonnement juridique italien le principe de la laïcité de l'État, déduit des dispositions de la Constitution italienne de 1947, tout en jugeant compatible avec ce principe l'enseignement de la religion catholique à l'école (AIJC-1990, p. 172).



Enfin, le régime des Églises d'État concerne quatre pays : la Grande-Bretagne ⁵¹³, avec l'Église d'Angleterre, anglicane, et l'Église d'Écosse, presbytérienne ; la Grèce, avec l'Église grecque orthodoxe ; la Finlande, avec l'Église orthodoxe et le Protestantisme luthérien ; le Danemark, dont la Constitution reconnaît le statut d'Église d'État à l'Église protestante luthérienne.

La convergence des principes

En dépit de la diversité des solutions retenues, se confirme une approche largement convergente, nourrie de valeurs fondamentales communes, consacrées par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : la liberté religieuse, fondement des rapports entre les Églises et l'État, qui suppose une neutralité de principe de l'État, mais autorise son intervention si celle-ci poursuit un but légitime et s'avère nécessaire dans une société démocratique. Les deux principes qu'implique la liberté religieuse, égalité des cultes et respect du pluralisme religieux, se retrouvent dans chaque État, avec une application concrète plus ou moins affirmée. Un corps commun se dessine, sous l'effet des jurisprudences nationales et européennes et des pratiques administratives : liberté de croire ou de ne pas croire, droit de changer de religion, pluralisme des croyances, libre exercice du culte sous réserve de l'ordre public. Quels que soient les régimes, séparation pure et simple ou maintien de liens particuliers avec certaines confessions accompagné d'une ouverture aux autres religions, la liberté de conscience et de religion est assurée : « *Si on regarde les choses de plus près, avec sérénité et détachement, on s'aperçoit vite que les deux notions antagonistes d'État confessionnel et d'État laïque couvrent pour une grande partie, à l'heure actuelle, une même réalité, celle du pluralisme religieux* » ⁵¹⁴.

Le maintien de particularismes ⁵¹⁵

Les modalités de « reconnaissance » des cultes sont diverses et cette reconnaissance gouverne non pas l'exercice des cultes qui est libre, dès lors qu'il est respectueux des principes fondamentaux reconnus, mais l'octroi d'avantages, notamment financiers, ou l'acquisition d'un statut juridique spécial. Ainsi, si en Grande-Bretagne l'Église anglicane est l'Église d'État, les différents cultes peuvent se constituer librement, les formalités d'enregistrement auprès des « Charity commissioners ⁵¹⁶ » n'étant nécessaires que pour bénéficier des avantages fiscaux.

L'État intervient de façon plus ou moins marquée dans l'organisation administrative des cultes selon les pays. Mais cette intervention vise avant tout à favoriser l'exercice des cultes et la non-discrimination entre eux, même si elle n'échappe pas à des différenciations issues de la distinction entre cultes « reconnus » et cultes « non reconnus ». Des différences de traitement sont

513 - Gouverneur suprême de l'Église, le souverain a l'obligation d'être anglican

514 - Robert Andersen, *Annuaire Européen d'Administration publique*, volume XXII, 1999.

515 - Cf. sur tous ces points, *Rapport du Sénat*, Service des affaires européennes, septembre 2001 ; *Annuaire européen d'administration publique*, vol. XXII, 1999 ; Lech Garlicki, *Les aspects collectifs de la liberté de religion*, AIJC, XII^e cours international de justice constitutionnelle, 2000.

516 - Le Charity commission est une autorité publique indépendante.



admises, le principe d'égalité ne signifiant pas égalité absolue et l'égalité de cultes n'impliquant pas que le même régime s'applique à tous les cultes. Mais ces différences ne doivent pas porter atteinte au principe de non-discrimination ni à la liberté d'expression ou au pluralisme des confessions.

L'organisation interne des cultes est généralement autonome, sauf pour les Églises d'État que celui-ci peut réglementer, ainsi pour la religion anglicane en Grande-Bretagne. Le régime de propriété des lieux de culte varie sensiblement selon les États. La participation des États au financement des cultes obéit à des règles diverses. En règle générale, des « subventions » indirectes existent grâce au financement des aumôneries, des cours d'instruction religieuse, à des régimes fiscaux particuliers... Certains États connaissent des systèmes d'impôt culturel (Allemagne, Danemark) ou d'affectation possible, par les contribuables, d'une partie de leur impôt sur le revenu au financement d'un culte, ces systèmes profitant à un plus ou moins grand nombre de cultes selon les pays (Espagne, Italie). La prise en charge de la rémunération des ministres des cultes « reconnus » est parfois prévue, ainsi en Belgique où la Constitution prévoit, dans son article 181, que les traitements et pensions des ministres des cultes sont à la charge de l'État. Mais ce même article prévoit également, depuis 1993, des dispositions identiques pour « *les délégués des organisations reconnues par la loi qui offrent une assistance morale selon une conception philosophique non confessionnelle* ». On a pu y voir une reconnaissance de la laïcité⁵¹⁷.

Le développement de confessions – l'islam en particulier – encore peu présentes dans le paysage européen il y a un demi-siècle, est peu à peu intégré dans la pratique sociale et institutionnelle : soit par admission dans la liste des religions « reconnues » (Belgique, Autriche...), soit, plus pragmatiquement, par le biais d'aides financières. Des difficultés existent cependant : ainsi, la société néerlandaise a été jusqu'ici fortement structurée par un système de « piliers » reposant sur l'appartenance religieuse (catholiques, protestants, protestants orthodoxes)⁵¹⁸, mais cette situation de repli identitaire préoccupe aujourd'hui les pouvoirs publics, d'autant que le pays est confronté à une intégration difficile de minorités musulmanes.

À l'égard des dérives sectaires, les approches ne sont pas toujours convergentes : une ligne de partage semble se dessiner entre les pays qui souhaitent faire preuve d'une vigilance particulière vis-à-vis des mouvements sectaires et mettent en place des systèmes de surveillance (France, Belgique, Suisse, Luxembourg) et ceux qui considèrent que cette responsabilité relève avant tout de l'exercice, par les tribunaux, de leurs compétences de droit commun.

Le principe de neutralité de l'État, très généralement reconnu, implique la neutralité de l'école publique. Mais il signifie surtout qu'il est exclu, au sein d'une école, d'imposer une confession déterminée ou d'en faire l'apologie. L'école ne doit pas se transformer en école de mission. Cette neutralité n'exclut cependant pas, dans certains pays, la référence aux valeurs et traditions chrétiennes ou plus généralement religieuses (Espagne, Italie, Autriche,

517 - Rapport du Sénat, op. cit.

518 - Les deux tiers des écoles sont des écoles libres se rattachant à une confession religieuse.



Portugal). Le principe de la liberté de l'enseignement est de règle. Il est fréquemment consacré par les textes constitutionnels (Portugal, Pays-Bas, Espagne, Italie, Belgique, Allemagne), cette liberté impliquant celle de fonder et de diriger des écoles privées, de tenir compte du caractère propre de ces écoles et de permettre aux parents de choisir l'école de leurs enfants. Des mesures de contrôle des autorités publiques existent dans tous les États, tant pour l'institution de ces écoles que pour leurs activités et des obligations sont imposées, qui peuvent notamment se traduire par le devoir de respecter les croyances religieuses de tous les élèves, la gratuité de l'enseignement, son contenu et son niveau, la désignation des enseignants, les règles concernant la sélection des élèves. Si des pays retiennent, comme la France, des systèmes de conventions comportant certains droits et obligations, d'autres confèrent aux établissements privés le statut d'établissement public (Allemagne, Autriche, Suisse, Italie). Des subventions directes ou indirectes à l'enseignement privé sont très généralement possibles, afin de ne pas vider de son sens le libre choix laissé aux parents, la question étant celle de savoir dans quelle mesure ces subventions sont obligatoires, exigence plus ou moins large selon les États.

L'instruction religieuse est souvent obligatoire dans l'enseignement public, mais des dispenses sont en principe possibles (Allemagne, Grande-Bretagne, Danemark...). Ainsi, en Angleterre, l'instruction religieuse constitue une matière d'enseignement, y compris dans les écoles non confessionnelles, mais les parents peuvent demander à ce que leurs enfants en soient dispensés, et les prières collectives organisées chaque jour sont facultatives.

Aucun des États membres de l'Union européenne ne dispose d'une législation ou d'une réglementation spécifique pour ce qui concerne le port de signes religieux. Ils adoptent sur ce sujet une position plutôt libérale, et ont préféré jusqu'ici traiter au cas par cas, et localement, c'est-à-dire au niveau des chefs d'établissement et des conseils de classe, des situations parfois complexes, ou laisser la jurisprudence trancher lorsque les tribunaux étaient saisis. La décentralisation de l'enseignement qui existe dans de nombreux États contribue à cette gestion souple. Dans l'ensemble des États de l'Union européenne autres que la France, le port du foulard n'avait pas jusqu'ici donné lieu à des grands débats nationaux. Il est vrai que le port du voile s'est surtout répandu depuis le début des années 1990 et que dans un certain nombre d'États (Scandinavie), la présence musulmane est récente. En outre, de façon générale, le port de signes religieux est admis dans le monde du travail, sauf si les règles de sécurité ou d'hygiène s'y opposent.

Les tribunaux, lorsqu'ils sont saisis, s'attachent à préserver la liberté religieuse, sauf s'il y a prosélytisme ou préjudice pour l'entreprise ou si la neutralité du service public est mise en cause. Des questions se posent cependant, rendues plus aiguës dans les États fédéraux ou fortement régionalisés. En Allemagne, s'agissant du port du foulard à l'école, le débat devient vif. Le Tribunal fédéral constitutionnel, par un arrêt du 24 septembre 2003⁵¹⁹, s'est abstenu de trancher sur le fond la question du port du voile par les ensei-

519 - Décision 2 BvR 1436/02 du 24 septembre 2003 de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15/2003.



gnantes, renvoyant aux Länder le soin de légiférer. Or les Länder sont divisés sur l'opportunité de légiférer. Neuf d'entre eux, sur seize, ont indiqué vouloir faire adopter une loi interdisant le port du foulard ou de tous les signes religieux à l'école. En Belgique, le débat sur le port du foulard se manifeste. En Italie, la présence dans les classes et les tribunaux de crucifix divise la Cour de cassation, favorable à leur interdiction, et le Conseil d'État, favorable à leur maintien. En Autriche, la présence des crucifix est obligatoire dans les salles de classe si une majorité d'élèves est chrétienne.

En définitive, malgré des particularismes importants et si la sensibilité au thème de la laïcité est plus vive en France qu'ailleurs, les principes respectés sont similaires et la liberté religieuse largement assurée. Les pays à religion d'État ont compensé cette situation par des mesures garantissant une liberté religieuse de fait. Une certaine différenciation demeure en revanche entre cultes « reconnus » et cultes « non reconnus » dans les régimes de séparation. L'exemple de la Grèce, qui a récemment supprimé la mention de la religion sur les cartes d'identité, celui de la Suède, où il n'y a plus désormais de religion d'État, montrent que les écarts entre les systèmes se réduisent peu à peu en pratique.

Il est vraisemblable que **l'élargissement de l'Union européenne** ne bouleversera pas les équilibres actuels fondés sur le pluralisme religieux et la liberté de croyance ⁵²⁰.

De façon générale, les pays d'Europe de l'Est candidats à l'Union européenne et qui ont connu des régimes communistes ont, après la disparition de l'idéologie officielle, proclamé la liberté de religion, garantie souvent par des dispositions constitutionnelles, et mis en place des systèmes juridiques pour l'application de ces principes ⁵²¹. Le pluralisme religieux est reconnu, la non-discrimination entre individus en fonction de leurs convictions est affirmée, de même que la liberté, pour chaque religion, de s'organiser elle-même. Des systèmes de reconnaissance des cultes ont été mis en place, plus ou moins stricts selon les pays, ainsi en Pologne, Slovaquie, Estonie, Hongrie ou République Tchèque. Dans certains États, des accords sont conclus entre différentes communautés religieuses et l'État (Hongrie, Pologne, République Tchèque). En Pologne, où a été mis en place un régime de séparation entre les Églises et l'État, sa mise en œuvre est plus proche de ce qui existe dans un système laïque que dans un régime concordataire, mais des accords ont été passés avec le Saint-Siège. Des modalités d'aide de l'État aux cultes existent : réductions d'impôts dans certains États, pourcentage de prélèvement obligatoire en Hongrie, affecté, selon la volonté du contribuable, soit à un culte de son choix, soit à l'État ⁵²².

520 - Selon les rapports nationaux et les observations générales de l'ouvrage publié sous la direction de F. Messner : *Le statut des confessions religieuses des États candidats à l'Union européenne*, Giuffrè Editore, Milan, 2002 portant sur les pays suivants : Chypre, Estonie, Hongrie, Pologne, République tchèque et Slovaquie.

521 - B. Basdevant-Gaudemet, « Éducation et religion dans les pays candidats à l'Union Européenne », in F. Messner, op. cit.

522 - D. Mc Clean : « Direct and indirect financial support for religious bodies in the candidate countries of the EU », in F. Messner, op. cit.



Cas plus spécifique, Chypre est un État non-confessionnel, qui reconnaît les principales religions (Église orthodoxe grecque, communauté musulmane, chrétiens arméniens, maronites et catholiques romains) comme des groupes religieux, disposant de certains droits, notamment l'autonomie dans leur organisation, sous réserve des menaces à l'ordre public ⁵²³.

Mais, tout orthodoxe est réputé appartenir à la communauté grecque orthodoxe, et tout musulman à la communauté turque musulmane, les membres des autres cultes se devant de choisir entre ces deux groupes (art. 2 § 1, § 2 et § 3 de la Constitution chypriote) ⁵²⁴. De cette originalité découlent des divergences assez marquées, notamment en matière de droit de la famille, les règles qui s'appliquent aux membres de l'une ou de l'autre communauté étant fondées sur des principes différents ⁵²⁵. L'État chypriote ne finance aucun culte. Pour les cultes autres que ceux cités dans la Constitution, les cinq évoqués précédemment, aucune procédure formelle de reconnaissance n'est nécessaire, et le statut des religions est celui d'association à but non-lucratif, accordé systématiquement aux communautés religieuses qui en font la demande ⁵²⁶.

3.1.3. D'autres exemples

Au-delà du contexte de l'Union européenne, il est plus difficile de procéder à des comparaisons entre la conception française de la laïcité et d'autres exemples de séparation Église/État, tant les circonstances historiques, sociologiques et politiques sont différentes. Ainsi en est-il par exemple de la situation des rapports entre l'État et les Églises dans des pays tels que les États-Unis ou la Turquie, pour s'en tenir à ces deux exemples.

Les États-Unis

L'exemple américain est spécifique. Selon Tocqueville, « *Je ne sais si tous les Américains ont foi dans leur religion, car qui peut lire dans les cœurs ; mais je suis sûr qu'ils la croient nécessaire au maintien des institutions républicaines* ».

La présence de la religion dans la société américaine ainsi que le rôle historique de la liberté religieuse par rapport aux autres libertés publiques rendent le modèle américain de la séparation de l'Église et de l'État fondamentalement différent du modèle français.

Le texte essentiel qui fonde la séparation de l'Église et de l'État aux États-Unis est le premier amendement du Bill of Rights, ratifié en 1791 : « *Le Congrès ne pourra promulguer aucune loi permettant d'établir une religion ou en interdisant le libre exercice ; ni restreindre la liberté d'expression et la liberté de la presse, ni le droit des citoyens de se réunir pacifiquement et d'adresser à l'État des pétitions pour obtenir réparation de torts subis* » ⁵²⁷.

523 - B. Basdevant-Gaudemet, op. cit.

524 - S. Ferrari, « Remarks on the papers presented at the Strasbourg meeting » in F. Messner, op. cit.

525 - Charalambos K. Papastathis. « The legal status of religions in the Republic of Cyprus in F. Messner », op. cit.

526 - U. S Department of State, *International report on religious freedom*, 2002.

527 - « *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof ; or abridging the freedom of speech (...)* ».



Ce texte, qui se divise en « clause de non-établissement » et « clause de libre exercice », constitue encore aujourd'hui la pierre angulaire des relations entre Églises et État. Personne ne le conteste, mais tout le monde l'interprète⁵²⁸. Les relations Églises/État reposent sur la croyance fondamentale que les individus sont libres d'adhérer à toute doctrine religieuse quelle qu'elle soit et de former des Églises sans contrôle ou supervision des autorités publiques. La Cour suprême veille, au cas par cas⁵²⁹, à ce que le gouvernement fédéral et les États fédérés ne méconnaissent pas le premier amendement.

Reprenant la célèbre métaphore du « mur de la séparation » prêtée à Jefferson⁵³⁰, l'interprétation la plus classique du premier amendement est celle du Juge Black dans la célèbre décision *Everson*, pour lequel cet amendement implique l'interdiction de toutes relations, quelle que soit leur nature, entre les églises et autres groupes religieux et les autorités politiques, nationales ou locales. Cette conception du « mur de la séparation » est cependant critiquée depuis une vingtaine d'années, en ce qu'elle conduirait, par des interprétations historiques biaisées, à une discrimination des groupes religieux qui n'était pas voulue par les Pères fondateurs. Un courant, qui se retrouve aujourd'hui au sein de la jurisprudence de la Cour suprême, se détache de la notion de séparation pour consacrer celles d'« accès égal » ou encore de « liberté des choix individuels », fondées notamment sur l'interprétation de la liberté religieuse dans le contexte de la liberté d'expression⁵³¹. L'interprétation la plus récente est celle de « l'accommodation », notion qui cherche à concilier celles de séparation et de neutralité quand le libre exercice est en cause.

Deux régimes de reconnaissance juridique des entités religieuses se superposent : d'une part, celui de chacun des États, qui traite de l'enregistrement éventuel et du fonctionnement des entités religieuses et, d'autre part, le régime fédéral qui porte sur le statut fiscal. Les deux sont distincts : ainsi, une entité peut ne pas être enregistrée localement et néanmoins bénéficier des avantages fiscaux.

En pratique, aujourd'hui, la séparation est plus stricte qu'il n'y paraît. Ainsi, le gouvernement ne fournit aucune subvention directe aux institutions religieuses (églises, mosquées, synagogues etc.) ; toutefois les associations à but non

528 - Le 1^{er} amendement doit, depuis la célèbre décision *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1, (1947), être lu à la lumière du 14^e amendement, voté en 1868, qui dispose que « Toute personne, née ou naturalisée aux États-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des États-Unis et de l'État où elle réside. Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens, sans procédure légale régulière ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction légale protection des lois ». Alors que le 1^{er} amendement préservait en effet l'autonomie des États fédérés en matière de religion, son association au 14^e le rend opposable aux États fédérés et lie à la problématique séparation/liberté celle de la répartition des compétences juridiques entre État fédéral et États fédérés.

529 - Et en choisissant les affaires qu'elle souhaite entendre (système du *writ of certiorari*). Les affaires proviennent soit des cours d'appel fédérales, soit d'appel des cours suprêmes étatiques sur des questions relevant de la loi fédérale.

530 - Et que d'aucuns prétendent tirée hors de son contexte.

531 - On y retrouve par exemple l'Equal Access Act de 1984 selon lequel tout groupe constitué par des lycéens, qu'il soit religieux, philosophique ou politique, a droit de cité dans les lycées au même titre que tout autre type de réunion (cette loi -20 U.S.C. Sect. 4071 -, avait été précédée par des décisions de la Cour suprême en ce sens : cf par ex. *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263, 1981). C'est aussi l'inspiration de la loi pour la restauration de la liberté religieuse de 1993.



lucratif qui reçoivent les fonds les plus importants sont deux entités à caractère religieux⁵³² mais les aides sont alors limitées aux activités « laïques, neutres et non idéologiques ».

Certaines questions entraînent toutefois de plus vifs débats. Ainsi, celle des relations entre religion et éducation : la majorité des décisions des tribunaux portant sur la séparation de l'Église et de l'État, et les plus contestées, y ont trait. Les États-Unis sont également sur cette question en réalité plus « séparationnistes » que la France. Si la Constitution autorise les écoles primaires et secondaires religieuses, tant qu'elles respectent les objectifs d'éducation, celles-ci ne peuvent, jusqu'à aujourd'hui, recevoir de fonds publics. Les établissements d'enseignement supérieur religieux peuvent en revanche bénéficier de possibilités de financement (par exemple de bourses, de programmes de recherche, d'hôpitaux universitaires...), possibilités liées au fait que les étudiants, plus âgés, sont jugés moins influençables. Depuis une vingtaine d'années, toutefois, les juridictions sont de plus en plus disposées, sous certaines conditions, à accepter des formes de financement⁵³³.

Pour les activités religieuses à l'école, la ligne est à la fois stricte et souple : l'État ne peut organiser d'activités religieuses dans les écoles publiques, de même que les Églises ne peuvent utiliser des ressources publiques pour enseigner leur confession. Des images religieuses ne peuvent être exposées dans l'enceinte de l'école⁵³⁴. Enfin, les États, malgré de nombreuses tentatives, ne peuvent promouvoir une doctrine religieuse (en l'espèce, le créationnisme⁵³⁵), sous couvert d'enseignement scientifique. En revanche, les écoles peuvent dispenser une éducation religieuse, pour peu qu'elle soit objective et non sectaire : elles peuvent autoriser des absences ou des compensations pour prendre en compte les préoccupations religieuses des étudiants. Si les étudiants peuvent prier de manière individuelle, l'école pas plus que les enseignants ne peuvent les parrainer⁵³⁶. Les étudiants, comme les professeurs, peuvent porter des signes religieux, notamment vestimentaires, dans les écoles publiques, si tant est qu'ils ne soient pas perturbateurs ou prosélytes. Si la question du foulard islamique n'est pas un sujet de polémique, celle du couteau rituel des Sikhs est en revanche plus sensible.

En outre, se pose la question récurrente de savoir dans quelle mesure une pratique religieuse peut légitimement requérir un traitement spécial de la part du législateur. Jusqu'en 1990, les minorités religieuses concernées disposaient d'une protection importante : le gouvernement ne pouvait restreindre les activités religieuses que dans le cas où un « intérêt gouvernemental supérieur » était en jeu⁵³⁷. La décision *Employment Division v. Smith* (1990) a représenté

532 - Le Lutheran Services America et Catholic Charities USA. Chiffres J. Gunn.

533 - Depuis *Everson*, il est vrai que l'État peut fournir des aides pour le transport des étudiants d'écoles religieuses. De même, sous certaines conditions, des enseignants et des personnels administratifs payés par l'État peuvent fournir des prestations de soutien et d'éducation dans des écoles religieuses tant que celles-ci ne font pas de promotion directe de la religion : *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 223, (1997). Enfin, l'État peut leur fournir du matériel éducatif.

534 - *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39, (1980).

535 - *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578, (1987).

536 - *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421, (1962) entre autres.

537 - « *Compelling governmental interest* » : *Sherbert v. Verner* 347 U.S. 398, (1963).



un revirement considérable en jugeant qu'en édictant une loi d'application générale, le gouvernement n'avait pas à prendre de mesures spécifiques au regard de la religion, dans la mesure où la loi ne créait pas de discrimination sur le fondement de la religion. Autrement dit, la clause de libre exercice n'exonère jamais un individu de l'obligation de se conformer à une loi valide et neutre d'application générale⁵³⁸. De la *protection* des groupes religieux, la Cour passait à un régime de simple *non-discrimination* : les minorités n'ont pas de droit constitutionnel à l'exemption qu'elles peuvent toujours rechercher via le processus législatif. Cette décision fut largement contestée. Le Congrès tenta de la contourner, en 1993, par le vote de la « loi sur la restauration de la liberté religieuse »⁵³⁹ qui revient au critère de « l'intérêt supérieur ». Le champ d'application de cette loi a été par la suite limité au niveau fédéral par une nouvelle décision de la Cour suprême⁵⁴⁰. Il n'en reste pas moins qu'aujourd'hui la démonstration de la réalité de l'objectif séculier poursuivi, qui fonde l'intérêt supérieur de l'État à légiférer, est déterminante. Certains commentateurs font valoir que la Cour suprême se montre plus conciliante envers les principales religions issues de croyances judéo-chrétiennes et a tendance à réduire le niveau de protection garanti aux religions minoritaires⁵⁴¹.

Les questions religieuses restent d'actualité. Deux exemples en témoignent.

À l'origine de la controverse actuelle relative aux « *vouchers* »⁵⁴² se trouve la décision de la ville de Cleveland d'offrir aux parents des bons leur permettant de régler une partie des frais de scolarité dans l'école de leur choix et de leur offrir ainsi une vraie alternative entre le système public et les écoles privées. Dans la pratique, 95 % des fonds sont ainsi transférés aux écoles religieuses, en majorité catholique, d'où une forte opposition de la part de certains qui y voient une violation de la clause de non-établissement et ce d'autant que les écoles privées ne sont pas soumises aux mêmes obligations de non-discrimination que les établissements publics. Par la décision *Zelman v. Simmons-Harris* (2002), la Cour suprême, tout en sachant que les bons profitent de fait aux écoles religieuses, n'en a cependant pas invalidé le principe, en choisissant une lecture séculière du programme : à partir du moment où ce sont les parents qui reçoivent l'aide et non les pouvoirs publics qui inscrivent les élèves dans des écoles confessionnelles, la neutralité de l'État est préservée.

538 - Et ce d'autant que la volonté générale est plus facile à définir que les religions...

539 - Religious freedom restoration act.

540 - *City of Bane v. Flores* 521 U. S 507 (1997). Le Congrès ne pouvait en effet légiférer à l'égard des États sur cette question. L'application fédérale inclut par exemple les revendications religieuses des prisonniers des prisons fédérales.

541 - Jesse H. Choper, *La liberté religieuse et le Bill of rights, Le Façonnage juridique du marché des religions aux États-Unis*, octobre 2002.

542 - Cette controverse ne peut se comprendre sans perspective historique : au moment de l'arrivée des premiers immigrants catholiques correspondent les premiers efforts en faveur de la création d'écoles publiques (« *common schools* » puis « *public schools* ») qui signèrent la fin des subventions aux écoles religieuses. Ces écoles publiques étaient censées pratiquer un enseignement neutre mais furent rapidement critiquées par les catholiques qui y voyaient la volonté protestante d'assimilation. Ces conflits ont aujourd'hui disparu mais il subsiste un important réseau d'écoles catholiques privées, des dispositions constitutionnelles des États qui leur interdisent toute aide financière ainsi que des attitudes ambivalentes à l'égard de la religion dans les écoles publiques.



En 1998, était votée la loi sur la *liberté religieuse internationale*, instituant la promotion de la liberté religieuse comme un des objectifs de politique étrangère et liant la conduite des relations avec les États étrangers à leur respect des droits de l'homme. Un bureau a été créé au sein du State Department qui fait un rapport annuel mentionnant les pays d'un intérêt particulier. La loi du 12 juin 2001 dite loi About Picard⁵⁴³ a valu à la France d'être mentionnée dans le rapport 2002 au titre des « *pays dans lesquels la liberté religieuse est limitée du fait de la stigmatisation de certaines religions associées à tort à des cultes ou sectes dangereux* ».

Les États-Unis, vus de France, apparaissent comme un pays religieux. Nombreuses en sont les illustrations : le serment au drapeau qui mentionne « *one nation under God* », la ponctuation des discours politiques par le « *God bless America* » ou encore la citation « *in God we trust* » sur les billets de banque. Mais l'apposition de cette mention sur les billets de banques est due à un ministre des Finances impressionné par un public terrifié par les ravages de la guerre de Sécession. La devise « *in God we trust* » fut ensuite transformée par le Congrès en devise officielle en 1957 comme un contrepoint à l'athéisme soviétique. De même, la référence fréquente à Dieu dans les discours des plus hautes autorités n'est pas sans lien avec la sensibilité d'un électorat majoritairement religieux.

La population des États-Unis, comparée à celle des autres pays industrialisés, est effectivement religieuse : la religion, quelle qu'elle soit, fait partie de la vie de chacun⁵⁴⁴. Aucun jugement n'est porté sur les nouveaux mouvements religieux en l'absence d'infraction aux lois. De la diversité naissent le consensus et la stabilité : l'absence d'église dominante et la concurrence qui existe rendent *de facto* vaines les craintes qu'une présence religieuse trop forte fait naître en Europe.

De nombreuses questions sont cependant aujourd'hui sujets de controverses ou en voie d'être tranchées par la Cour suprême : la place des activités religieuses dans les écoles, le financement public d'écoles religieuses, les symboles religieux dans les bâtiments publics, la non application de la loi pour des raisons religieuses... Les débats qu'elles suscitent sont aussi l'illustration de l'existence même de la séparation. Une incertitude demeure sur la place de l'islam dans la société américaine, même si l'islam en soi, en tant que religion, est perçu positivement (c'est notamment le cas du foulard, qui n'est cependant pas autorisé sur les photos d'identité des permis de conduire).

La « laïcité » américaine est guidée par une jurisprudence pragmatique, qui ne prend sens qu'au regard des spécificités institutionnelles américaines, le fédéralisme et le rôle central de la Cour suprême, et renvoie à des lectures parfois contradictoires du texte fondateur.

543 - Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, *JORF*, 13 juin 2001.

544 - 83 % de la population se déclarent membres d'une communauté religieuse.



La Turquie

Le cas de la Turquie, qui a fait acte de candidature à l'Union européenne, mérite d'être évoqué.

D'après sa Constitution, la République turque est un État laïque dépourvu de toute religion officielle. La révolution kémaliste mise en œuvre par Mustapha Kemal à partir de 1923⁵⁴⁵ a doté le pays d'une constitution qui entérine au moins théoriquement la séparation de la mosquée et de l'État, donne aux femmes le droit de vote et l'égalité juridique. Le sultanat et le califat sont abolis, les tribunaux islamiques et les confréries religieuses dissous.

La politique inspirée d'Atatürk va beaucoup plus loin que la simple transformation de la structure de l'État. Elle touche aux modes de vie, aux comportements et habitudes du quotidien. La réforme la plus symbolique à ce titre est celle dite « du chapeau ». Mustapha Kemal impose le port du chapeau, incarnant à ses yeux la civilisation occidentale, en lieu et place du traditionnel fez, emblème de l'identité musulmane dans le monde ottoman. Quelques années plus tard c'est le voile islamique qui est interdit⁵⁴⁶. D'autres réformes significatives s'inscrivent dans le même état d'esprit : le calendrier européen se substitue au calendrier musulman, tandis que l'alphabet arabe est abandonné au profit de l'alphabet latin, alors que le turc devient la langue officielle.

Dans le projet kémaliste de transformation de la société turque, l'école tient une place essentielle : aux yeux d'Atatürk, elle doit s'inscrire en totale rupture avec l'enseignement traditionnel religieux et littéraire de l'époque ottomane⁵⁴⁷. Dès 1924 est lancé le processus de réunification de l'enseignement : le 3 mars 1924, la loi sur la réunification de l'instruction place sous la tutelle du ministère de l'Éducation toutes les écoles religieuses, supprimant en même temps toutes les écoles coraniques attachées aux mosquées. À partir de 1924, les cours de religion musulmane sont progressivement retirés de l'emploi du temps. L'enseignement secondaire devient gratuit. La « turquification » entraîne en 1929 l'abolition de l'enseignement de l'arabe et du persan dans l'enseignement secondaire. En 1932, l'enseignement religieux perd sa position officielle : les écoles d'imams sont supprimées et la faculté de théologie transformée en institut orientaliste dépendant de la faculté d'Istanbul.

En 1951 cependant, la victoire de l'opposition, à la suite d'une sévère défaite des kémalistes, a constitué un tournant décisif dans les relations entre la religion et l'État en Turquie. Une partie des dispositions édictées dans les précédentes

545 - La République est proclamée le 29 octobre 1923 après la guerre d'indépendance menée par Mustapha Kemal et le traité de Lausanne du 23 juillet 1923. Elle consacre la disparition du sultanat et, de fait, la disparition de l'Empire ottoman.

546 - Par une décision du 7 mars 1989, la Cour constitutionnelle turque a admis la licéité de cette interdiction à l'université. RUDH 1991, p. 143, commentaire Constance Grewe/Christian Rumpf, p. 113.

547 - À l'époque ottomane deux réseaux d'éducation coexistaient de façon parallèle : un réseau traditionnel à base théologique (*les medrese*), l'autre d'inspiration plus moderne, calqué sur les modèles européens, sans toutefois rompre totalement avec l'enseignement religieux traditionnel.



décennies est progressivement assouplie⁵⁴⁸. En 1970, est fondé le Parti de l'ordre national par Necmettin Erbakan, d'inspiration islamiste (sunnite orthodoxe)⁵⁴⁹. Arrivés en tête des élections législatives de 1995, les islamistes qui s'opposèrent à l'héritage kémaliste, n'ont toutefois pas convaincu de leur capacité à réaliser la synthèse entre modernité et valeurs religieuses conservatrices, en proposant que les femmes fonctionnaires soient autorisées à porter un foulard sur la tête, ou en incitant les jeunes à fréquenter les écoles publiques plutôt que religieuses. Certains maires ont fermé à cette époque des cinémas sous prétexte qu'il s'agissait de lieux où l'on diffusait des idées profanes. En 1997, Erbakan démissionne et son parti est mis au ban de la politique. Mais plusieurs partis de sensibilité islamique se reforment, l'un d'eux remporte la majorité en 2002 et est actuellement au pouvoir.

La laïcité turque, qui n'a qu'un rapport lointain avec la laïcité française, s'inscrit dans un contexte de société qui n'est pas encore sécularisée. Pour Jean Baubérot, c'est là une des différences les plus fondamentales qui singularise la situation en Turquie, par rapport, notamment, à la construction de la laïcité française au XIX^e siècle. De fait, la croyance religieuse demeure encore aujourd'hui très forte dans l'ensemble du pays. Quatre-vingt-dix-neuf pour cent de la population est de religion musulmane, avec une majorité de pratiquants.

Aussi bien la laïcité n'est-elle pas en Turquie synonyme de neutralité de l'État en matière religieuse, encore moins de *séparation* entendue comme une autonomie entre les sphères politique et religieuse, telle que la France l'a instaurée en 1905. Au contraire, elle se caractérise par un encadrement du culte et une surveillance attentive de la part de l'État. L'État exerce son contrôle, notamment par l'intermédiaire de la direction des affaires religieuses, d'une manière qui évoque le gallicanisme d'ancien régime : ainsi, les membres du « clergé » sont rémunérés par l'État, au même titre que d'autres fonctionnaires, la construction de mosquées est soumise à autorisation, les prêches des imams sont surveillés. Le ministère de l'Éducation joue également un rôle important, à travers la gestion des écoles religieuses et la définition des textes à partir desquels la religion doit être enseignée.

En contrepartie, le « retour de l'Islam » s'exprime aussi par une **remise en cause de l'unification scolaire de 1924**. L'enseignement religieux qui avait complètement disparu avant la deuxième guerre mondiale, dispose aujourd'hui d'un réseau considérable de 717 lycées en 1990, contre 1100 lycées d'État, plusieurs dizaines de grandes écoles religieuses, dont huit facultés de théologie et surtout 5000 écoles coraniques permettant de former imams et prédicateurs. Par ailleurs, à côté de ces écoles coraniques officiellement reconnues par l'État

548 - Rétablissement de l'appel à la prière en arabe, diffusion d'émissions religieuses à la radio, reprise de la construction de mosquées, ouverture d'écoles religieuses professionnelles (école *imam-hatip*) pour former les desservants des mosquées. Signes de cette détente, des écoles et institutions religieuses ouvrent dans de nombreuses villes, des livres et périodiques consacrés à l'islam commencent à paraître à nouveau, tandis que l'augmentation des pèlerinages à la Mecque traduit un regain d'intérêt pour la religion.

549 - Qui prit ensuite le nom de Parti du salut national (MSP), puis celui de Parti de la prospérité (RP) à partir de 1987.



s'est construit un réseau d'écoles islamiques échappant à tout contrôle. Pour tenter d'endiguer cette tendance, l'État a progressivement réintroduit des cours de religion qui sont obligatoires à tous les niveaux des cycles primaires et secondaires.

Les vicissitudes et particularités de la laïcité turque en font un exemple à part.

3.2. La portée du concept de laïcité

Si l'on se réfère à la définition de la laïcité proposée par Jaurès, le concept de laïcité n'a pas seulement pour vocation d'éclairer les conditions dans lesquelles doivent s'organiser les rapports entre État et religion, voire philosophie. Il doit plus généralement éclairer les rapports entre État et société civile, et entre composantes de la société civile. À tout le moins doit-il permettre d'assurer l'égalité devant la loi des religions et croyances, sans qu'on puisse méconnaître, cependant, le poids du passé. Il s'agit, ce faisant, de donner toute sa portée au concept français de laïcité et à ses singularités.

3.2.1. Un champ d'application élargi

La notion de culte

Aux termes de la loi de 1905, « *la République ne reconnaît ni ne salarie aucun culte* ». Or, la loi de 1905 ne définit pas la notion de culte. On a pu estimer que cela faisait problème, dès lors que pour satisfaire aux prescriptions du législateur sans leur donner une portée excessive, il s'avérait nécessaire de distinguer ce qui est un culte de ce qui n'en est pas un ; le même exercice s'impose lorsqu'il s'agit d'identifier les bénéficiaires des avantages symétriquement reconnus aux cultes. On a pu, à l'inverse, approuver que l'État s'interdise de décréter ce qui est culte et ce qui ne l'est pas. La diversification croissante du paysage religieux, spirituel et philosophique, appelle une reformulation de cette question.

Le problème, s'agissant des religions anciennement « reconnues », dont il ne fait pas de doute qu'elles assurent un culte, est celui des hiérarchies présidant à l'organisation de ce culte. Il a été résolu aisément pour le catholicisme, le judaïsme, le protestantisme malgré sa diversité. Il l'a également été pour le bouddhisme, pourtant polymorphe. La question est plus difficile pour l'islam, en raison des multiples courants et de l'absence de hiérarchie bien définie. Le besoin s'est manifesté cependant d'une structure de dialogue entre l'État et l'islam qui n'apparaisse pas comme un instrument entre les mains de l'État et comme prenant par le travers les principes dégagés par l'avis du 13 décembre 1923 du Conseil d'État⁵⁵⁰.

550 - Reproduit en annexe.



Les principales difficultés se sont fait jour dans le cas des mouvements se prétendant religieux ou spirituels sans que l'on puisse les rattacher à une religion « connue », soit qu'ils nient tout rattachement, soit que la religion à laquelle on pourrait les assimiler les rejette. Certains mouvements, tels les témoins de Jéhovah, ont un statut différent selon les États.

C'est au cas par cas que les pouvoirs publics et les tribunaux ont été appelés à se prononcer, ne serait-ce qu'indirectement, sur le caractère ou l'absence de caractère de culte des mouvements concernés.

Comme on l'a vu, le juge administratif a ainsi, à tout le moins, dégagé les critères jurisprudentiels du caractère cultuel d'une association⁵⁵¹ : l'existence d'un culte ; l'exercice du culte doit être l'objet exclusif de l'association ; aucune de ses activités ne doit être contraire à l'ordre public. Mais le seul fait d'adhérer à une doctrine potentiellement dangereuse pour l'ordre public ne peut suffire pour dénier à une association le caractère d'association cultuelle⁵⁵². Le Conseil d'État a admis que les cérémonies organisées par les témoins de Jéhovah avaient le caractère de culte⁵⁵³, tout comme il avait auparavant considéré que les adeptes de Krishna⁵⁵⁴ se livraient à l'exercice d'un culte, de même que ceux d'autres branches de l'hindouisme⁵⁵⁵.

Le juge judiciaire évite de qualifier un mouvement de religion, se limitant au principe de séparation des Églises et de l'État, appliquant le droit commun indépendamment des croyances et s'efforçant d'écarter tout débat sur la reconnaissance ou non comme religieuse de telle communauté ou pratique rituelle. L'« autoqualification » de religion par un mouvement ne comporte pas en elle-même de conséquences juridiques : ainsi, à propos d'une affaire d'escroquerie impliquant l'Église de scientologie, dans laquelle la Cour de cassation, tout en confirmant un arrêt de cour d'appel, relève que le motif tiré de la qualité de religion de l'Église de scientologie⁵⁵⁶ est sans effet sur la solution du litige ; ou encore à propos de l'application de la réglementation relative à la santé et à la sécurité des travailleurs à la Communauté des témoins de Jéhovah, la Cour relevant également l'inopérance des motifs retenus par la cour d'appel « *relatifs au caractère prétendument cultuel de l'association et de son objet religieux* »⁵⁵⁷.

Mais le juge judiciaire ne peut, lui non plus, toujours s'abstenir de faire référence à la notion de culte, dès lors qu'il lui revient également de veiller au respect de la liberté des cultes et de la liberté de manifester sa religion. Ainsi, dans le cas d'une demande de changement ou d'adjonction de prénom auto-

551 - CE, Ass. 1^{er} février 1985, *Association chrétienne « Les témoins de Jéhovah de France »*, rec. p. 22 ; avis du 24 octobre 1997 précité.

552 - CE, 23 juin 2000, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, rec. p. 242.

553 - CE, 13 janvier 1993, *Ministre du Budget c/Association AGAPE*, inédit au rec. ; 13 janvier 1993, *Ministre du Budget c/Congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah du Puy*, rec. p. 10.

554 - CE, 14 mai 1982, *Association internationale pour la conscience de Krishna*, rec. p. 179.

555 - CE, 9 octobre 1992, Section, *Commune de Saint-Louis c/Association Siva Soupramanien de Saint-Louis*, rec. p. 358.

556 - Cass. crim., 30 juin 1999.

557 - Cass. crim., 14 janvier 2003.



risée par l'article 60 du Code civil, le juge vérifie si le demandeur justifie d'un intérêt légitime⁵⁵⁸.

Il reste qu'il n'est pas toujours facile de distinguer ce qui peut être regardé comme un culte, et qu'il n'existe pas de définition juridique de la notion de religion. Il serait au demeurant réducteur et dangereux de chercher à en établir une. En outre, l'égalité de traitement ne s'applique que sous réserve des nécessités de l'ordre public.

La reconnaissance, en faveur d'autres croyances ou mouvements de pensée que les religions et cultes anciennement identifiés comme tels, des mêmes droits que ceux dont ces derniers jouissent, ainsi que des mêmes obligations, soulève inévitablement de nouvelles catégories de questions, celles que recouvre, en particulier, la notion de sectes.

Le phénomène sectaire : une appréhension peu aisée

Il n'existe pas de définition de la notion de secte en droit français. Le terme secte vient du latin *sequi*, suivre ou *secare*, couper⁵⁵⁹, segmenter, retrancher. Une secte peut être le visage négatif d'une croyance en présentant une autre, respectable, le fruit d'une dérive. Certains mouvements peuvent aussi, dès l'origine, se présenter comme des sectes. C'est ce que seul, en l'absence de définition, un faisceau de critères permet d'appréhender. Au nombre de ces critères figurent : l'organisation d'une coupure entre les membres du groupe et leur famille, leur milieu de travail et la société en général ; la présentation d'une explication exhaustive du monde ; la pression psychique et physique sur ses membres pour mieux les enrôler et les contrôler et diminuer leur autonomie de jugement ; la captation par les animateurs de tout ou partie du patrimoine des adhérents.

Si les religions elles-mêmes ne sont pas à l'abri de dérives sectaires, le phénomène sectaire peut apparaître ailleurs que dans les mouvances religieuses, des triades chinoises à des formes extrêmes de bizutage dans certaines grandes écoles ou établissements universitaires.

Les formes que revêtent les mouvements sectaires sont diverses. Tant leur réticence à se soumettre aux contrôles des pouvoirs publics que l'attitude stricte de ceux-ci pour la reconnaissance des congrégations ou du caractère culturel d'une association font que les mouvements sectaires se tournent surtout vers la formule des associations régies par la loi de 1901 et des associations inscrites en Alsace-Moselle, en raison, dans ce dernier cas, de la capacité élargie de ces associations leur permettant de recevoir des libéralités. Les mouvements sectaires sont peu enclins à se placer ou à tenter de se placer dans le cadre de la loi de 1905.

L'État, pour sa part, doit faire face à la difficile conciliation de ses devoirs de protection des individus et de respect de la liberté de croyance. Pour trouver un point d'équilibre entre le respect de la liberté religieuse et le contrôle des dérives sectaires, on peut concevoir différentes démarches. La tentation que

558 - CA Aix en Provence, 6^e chambre, 25 juin 1998.

559 - Cf. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1863, p. 1874.



l'on pourrait avoir d'adopter une législation spécifique pour mieux lutter contre les mouvements sectaires risque de se heurter au principe de neutralité de l'État. Cette idée a été écartée jusqu'ici par les pouvoirs publics qui ont préféré agir grâce au développement d'actions d'observation et de prévention et par l'utilisation des moyens de droit existant pour lutter contre les infractions de droit commun.

Deux rapports, le rapport Vivien en 1983, élaboré à la demande du gouvernement, le rapport Gest-Guyard de 1995, rédigé dans le cadre de la Commission d'enquête sur les sectes créée par l'Assemblée nationale, témoignent des préoccupations du gouvernement et du Parlement devant le phénomène sectaire. Ces rapports insistent notamment sur l'importance des actions d'information et de prévention. Des missions permanentes furent mises en place, publiant des rapports périodiques, d'abord l'Observatoire interministériel de lutte contre les sectes, dont le rapport, publié en 1997, analyse l'évolution du phénomène sectaire et préconise des actions d'information, de formation et de lutte contre les sectes. En 1998, lui succède la Mission interministérielle de lutte contre les sectes (MILS), puis plus récemment la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES) dont l'objet est d'analyser le phénomène sectaire, d'informer le public, d'inviter les pouvoirs publics à prendre les mesures, notamment pénales, qui s'imposent et de participer aux travaux qui se déroulent dans les enceintes internationales. Le changement de dénomination de la mission vise à souligner qu'il ne s'agit pas de lutter contre les mouvements en tant que tels mais contre les dérives auxquelles ils se laissent aller. Dans chaque préfecture, il existe une cellule de vigilance placée sous l'autorité du préfet. L'importante question du financement des mouvements sectaires a donné lieu à la création, par l'Assemblée nationale, d'une commission d'enquête « sur la situation financière, patrimoniale et fiscale des sectes, ainsi que sur leurs activités économiques et leurs relations avec les milieux économiques et financiers », créée en 1998, et qui a publié un rapport sur « Les sectes et l'argent » en 1999.

Des listes de groupements et mouvements divers publiées en annexe au rapport Gest-Guyard ont suscité des réactions. Ce rapport « propose une liste de sectes, classées en fonction du nombre de leurs adeptes, et cette liste est devenue une sorte de dictionnaire officiel des mouvements sectaires, sans que soient indiquées, pour chaque mouvement visé dans la liste, les raisons de son classement comme secte potentiellement dangereuse. Or cette classification, reprise d'une enquête demandée par la commission aux services des Renseignements généraux, méritait pour le moins d'être explicitée compte tenu du préjudice que peut constituer pour un groupe religieux le classement parmi les sectes ⁵⁶⁰ ».

L'Église de scientologie a contesté la publication du rapport Vivien. Le Conseil d'État, saisi d'un recours contre la décision du Premier ministre de faire publier ce rapport, a considéré que le Premier ministre, ce faisant, n'avait pas entendu s'approprier des analyses et conclusions du rapport et qu'il s'était livré, en décidant de cette publication, à une appréciation d'opportunité qui

560 - Pierre-Henri Prélôt, « Les religions et l'égalité en droit français », *RDP* n° 3, 2001.



n'était pas susceptible d'être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir ⁵⁶¹. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé de même que le rapport Gest-Guyard de 1995 et le rapport de 1999 sur la situation financière, patrimoniale et fiscale des sectes n'avaient aucun effet juridique et ne pourraient servir de fondement à aucune action pénale ou administrative ⁵⁶².

La seconde voie suivie par les pouvoirs publics est celle de l'utilisation de l'arsenal répressif classique. Les moyens ne font pas défaut (Code pénal, Code civil, législation du travail) pour poursuivre les délits liés aux dérives sectaires : non assistance à personne en danger par l'absence de soins médicaux, escroquerie, tromperie, abus de confiance, violation du droit du travail et de la sécurité sociale... Le nouveau Code pénal a facilité l'incrimination de nouvelles infractions comme le fait d'obtenir d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur la fourniture de services non ou mal rétribués ou de soumettre cette personne à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine (articles 225-13 et 225-14). La loi du 12 juin 2001, dite loi About-Picard ⁵⁶³, tend à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Elle prévoit la dissolution de toute personne morale qui poursuit des activités ayant pour but ou effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, lorsqu'ont été prononcées contre la personne morale elle-même ou ses dirigeants des condamnations pénales pour une série d'infractions pour lesquelles la loi renvoie aux textes existants du Code pénal, du Code de la santé publique et du Code de la consommation.

Cette loi a donné lieu à des réactions de la part de certains mouvements. Elle a également fait l'objet de critiques dans les instances internationales, notamment au sein de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et au Comité des droits de l'homme de l'ONU, où les délégations américaines la mettent en cause régulièrement. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a « invité le gouvernement français à revoir cette loi et à clarifier la définition des termes "infraction" et "auteur de l'infraction" ». Le gouvernement français s'est, pour sa part, efforcé de faire valoir qu'il n'entendait pas stigmatiser les croyances – elles sont toutes libres – mais les éventuels comportements contraires aux libertés fondamentales ou aux dispositions pénales générales applicables à tous les citoyens. Le rapport Akçali, publié dans le cadre du Conseil de l'Europe, constate que la loi ne fait pour l'essentiel que reprendre des dispositions existantes. La Cour européenne des droits de l'homme a en outre déclaré irrecevable une requête tendant à contester devant elle cette loi, indiquant que « la Cour n'a pas pour tâche de se prononcer in abstracto sur une législation », et qu'« un procès d'intention fait au législateur, soucieux de régler un problème brûlant de société, n'est pas la démonstration de probabilité d'un risque encouru par la requérante ».

561 - CE, Sect., 21 octobre 1988, *Église de scientologie de Paris*, rec. p. 353.

562 - CEDH, 6 novembre 2001, *Fédération chrétienne de témoins de Jéhovah de France*.

563 - Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001.



Mais si les textes paraissent appropriés pour sanctionner les infractions commises, la difficulté réside davantage dans la connaissance, la recherche et la preuve de ces infractions. En outre, « *les sectes, dans la France actuelle, sont si diverses que, sous cette même et imprécise appellation, le bon grain et l'ivraie se trouve inextricablement mêlés* »⁵⁶⁴.

Le juge judiciaire est vigilant vis-à-vis des mouvements sectaires, particulièrement lorsque des enfants sont en cause. Ainsi, est-il intervenu à plusieurs reprises au nom de l'intérêt des enfants afin d'interdire leur mise en contact avec des membres d'un mouvement sectaire ou leur sortie du territoire sans l'accord de l'autre conjoint non adepte de la secte⁵⁶⁵ ou encore pour insister sur l'incompatibilité des méthodes dures et intolérantes d'une secte⁵⁶⁶ avec l'éducation souhaitable pour les enfants.

Le Conseil d'État, lorsqu'il se prononce dans des affaires mettant en cause des mouvements dont on peut craindre certaines dérives, ne se prononce pas sur le caractère sectaire ou non de ces mouvements, mais sur les pratiques qu'ils encouragent ou tolèrent. Ainsi a-t-il estimé que certaines pratiques inquiétantes de mouvements divers pouvaient faire l'objet d'une mise en garde publique par l'État : la décision du ministre des Affaires sociales de subventionner une association aux fins d'éditer une brochure destinée à informer le public des dangers des sectes n'est pas contraire à la neutralité de l'État et à la liberté des cultes⁵⁶⁷ ; l'objet d'une association reconnue d'utilité publique qui porte notamment sur l'aide apportée aux victimes de pratiques imputables à certains groupements ou organismes communément appelés « sectes » présente un caractère d'intérêt général⁵⁶⁸.

Le rapport Vivien, dans ses conclusions, résumait le rôle des pouvoirs publics et les limites de leur action pour lutter contre les dérives sectaires : « *Les pouvoirs publics réaffirment à juste titre la valeur essentielle qu'ils attachent à la liberté de pensée et à toutes celles qui en découlent, notamment la liberté de s'exprimer et celle de s'associer. Ce faisant, les pouvoirs publics marquent eux-mêmes, et très légitimement, les limites de leurs interventions possibles. Il ne leur incombe en aucun cas d'apprécier le contenu ni l'opportunité d'une recherche métaphysique ou religieuse. Il est par contre de leur devoir de garantir à chaque individu, dès l'enfance, la possibilité de ses propres choix. Mais ce droit personnel à l'épanouissement moral ou religieux n'est possible que dans le cadre institutionnel de la démocratie, c'est-à-dire dans le respect des lois qui régissent la société civile, non en tant que société ni pour elle-même, mais comme lieu de rencontre des expériences et des convictions individuelles. Toute transgression aux lois civiles est donc au premier chef attentatoire aux libertés de chacun. C'est ce qui rend nécessaire une plus grande attention au fait sectaire dans la mesure où celui-ci revendique hautement l'usage des libertés fondamentales tout en les ignorant dans ses propres pratiques* ».

564 - G. Bedouelle, J.-P. Costa, op. cité.

565 - Cass., civ. 1^{re}, 22 février 2000.

566 - Cass., civ. 2^e, 2 juillet 2000.

567 - CE, 17 février 1992, *Église de scientologie de Paris*, rec. p. 60.

568 - CE, 23 mars 1998, *Tavernier, Piechota et Gluchowski*.



3.2.2. Une conception plus exigeante de l'égalité de traitement des croyances

Pour assurer l'égal traitement, à tout le moins, entre religions et croyances aisément identifiables, il convient de vérifier que rien ne s'oppose à la pleine utilisation par celles-ci des cadres juridiques existants.

Encore faut-il que chacun puisse être conscient de ce cadre juridique et des potentialités qu'il recèle. « Depuis l'Édit de Nantes, nous portons l'idée qu'en France il y a un espace public auquel chacun, quelle que soit sa religion, peut participer. Cet espace public laïque n'est pas antireligieux »⁵⁶⁹. Or, selon certains, l'un des malentendus majeurs entre l'islam et la laïcité viendrait de ce que le mot « laïcité » est souvent traduit en arabe par le mot qui signifie « scientisme »⁵⁷⁰.

Le **statut des associations culturelles**, dont l'objet est certes limité – l'exercice du culte – présente des avantages non négligeables : capacité de recevoir des libéralités et exonération des droits de mutation à titre gratuit pour les dons et legs qui leur sont consentis ; exonération de la taxe foncière pour les propriétés où sont édifiées des constructions affectées à l'exercice du culte ; possibilité pour les collectivités publiques de participer à la réparation des édifices culturels appartenant à des associations ; bénéfice des déductions fiscales instituées par la loi du 23 juillet 1987 relative au mécénat et récemment majorées⁵⁷¹.

Des réticences demeurent, certes, du côté de certaines confessions pour constituer des associations culturelles. Elles peuvent s'expliquer par les obligations de transparence et de contrôle imposées par l'État⁵⁷² et par la condition d'objet exclusif d'exercice du culte. Souvent, cependant, les ressortissants de ces confessions ont eu le sentiment de ne pas être encouragés dans cette voie.

Certains souhaitent, comme on l'a vu, que les fonds versés à une association culturelle puissent être reversés par celle-ci à une association ayant d'autres activités que celles ayant pour seul objet l'exercice du culte. Ceci permettrait de mieux financer des activités diaconales, caritatives, ou d'édition par exemple. Mais, outre que les avantages financiers attachés au statut d'association culturelle seraient ainsi indirectement étendus à toute association, l'objet

569 - Blandine Kriegel, *Extraits de l'Arche*, n° 548, octobre 2003.

570 - Voir Soheib Bencheikh, *Marianne et le prophète*, cité par le grand rabbin de France, *L'État et les religions en France*, Réflexions et perspectives, avril 2003.

571 - Loi n° 2003-709 du 1^{er} août 2003, faisant disparaître les différences existant préalablement entre associations régies par la loi de 1901 et associations culturelles et accroissant les possibilités de réduction d'impôt. Ainsi, les dons effectués aux associations, quel que soit le régime auquel elles sont soumises, ouvrent droit à une réduction de l'impôt sur le revenu égale à 60 % du montant des dons effectués dans la limite de 20 % du revenu imposable pour les particuliers, une réduction de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés égale à 60 % du montant des dons effectués dans la limite de 5 % de leur chiffre d'affaires, pour les entreprises.

572 - Ces associations sont d'abord tenues à une certaine transparence. L'article 21 de la loi de 1905 leur impose la tenue d'un compte de dépenses et de recettes, d'un compte financier annuel et d'un état inventorié de leurs biens meubles et immeubles et les soumet au contrôle financier de l'inspection générale des finances selon des modalités précisées par les articles 37 à 46 du décret du 6 mars 1906. Mais le contrôle de l'administration s'exerce surtout par le biais des exonérations fiscales et des autorisations de dons et legs.



qui a justifié la création en 1905 des associations cultuelles, à savoir le libre exercice du culte, serait lui-même considérablement élargi de facto, rendant en pratique difficile la distinction entre ce qui relève ou non de l'exercice du culte, et posant ainsi un problème de compatibilité avec l'esprit et la lettre de la loi de 1905. De tels transferts peuvent paraître justifiés vers des associations à objet purement caritatif, ou reconnues d'utilité publique, mais celles-ci bénéficient déjà d'avantages financiers comparables.

Les difficultés ne sont au demeurant pas insurmontables dans le cadre juridique actuel : une communauté peut créer deux associations distinctes, l'une régie par la loi de 1905, pour la construction d'un édifice du culte, la seconde, régie par la loi de 1901, pour d'autres aménagements destinés aux activités « accessoires » (bibliothèque, par exemple) et pour lesquels des subventions publiques seraient alors possibles⁵⁷³. Mais il convient que les intéressés aient connaissance de cette possibilité, et que leurs démarches soient facilitées. On peut au reste relever que, si la majorité des lieux de culte musulman est gérée par des associations de la loi de 1901, la mosquée de Lyon est gérée par une association de la loi de 1905⁵⁷⁴.

S'agissant des **lieux de culte**, l'idée que l'Église catholique bénéficierait d'avantages particuliers est principalement liée à ce qu'elle dispose gratuitement d'édifices qui appartiennent, soit depuis la Révolution, soit depuis 1908, au domaine public de l'État ou des communes. C'est par un renversement paradoxal que cette situation apparaît aujourd'hui à certains comme un privilège. L'affectation légale au culte définie par la loi de 1905 était en effet la contrepartie de la nationalisation des biens du clergé décidée à la Révolution, et le maintien de la propriété publique pour ces édifices n'était perçu par aucune des autorités religieuses de l'époque comme un traitement de faveur. La seconde vague de transfert de propriété aux communes, en 1908, était une solution de fortune pour sortir de l'impasse engendrée par le refus catholique des associations cultuelles. Dès lors, s'il est vrai que le cadre juridique actuel exclut toute extension de ce régime particulier de domanialité publique à de nouveaux édifices – y compris d'ailleurs du culte catholique – il n'est pas certain que cette circonstance doive être regardée comme la manifestation d'un traitement inéquitable des différentes religions.

La construction et l'aménagement d'édifices cultuels sont soumis à la réglementation de droit commun prévue par le Code de l'urbanisme et à elle seule⁵⁷⁵. C'est au juge administratif saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir qu'il appartient de contrôler la légalité des décisions prises en cette matière par les maires et d'annuler, le cas échéant, les actes illégaux⁵⁷⁶.

En dépit des critiques exprimées (cf. supra), le cadre juridique actuel offre au surplus une certaine souplesse pour permettre l'adaptation progressive de l'offre d'édifices cultuels aux évolutions des croyances et des modes de vie. Les

573 - Brigitte Basdevant-Gaudemet, « Le statut juridique de l'Islam en France », *RDJ*, 1996.

574 - Haut conseil à l'intégration, *l'Islam dans la République*, novembre 2000.

575 - Conseil d'État, 7 mars 1969, Ville de Lille.

576 - Voir pour illustration, l'article d'Isabelle Rouvière-Perrier, « Le droit de l'urbanisme, une arme contre les sectes ? », *Les Petites Affiches*, 29 juin 1994, p. 30-35, citant des cas de censure par les tribunaux administratifs pour défaut de motivation ou détournement de pouvoir.



instruments qui existent à cet effet, et dont certains, il est vrai, ne bénéficient pas encore de la sécurité juridique souhaitable, sont trop souvent mal connus. Il faut les faire connaître et si possible renforcer leur sécurité juridique.

Toute association peut demander, y compris pour l'exercice d'un culte, le bénéfice des dispositions de **l'article L. 2144-3 du Code général des collectivités territoriales**, aux termes duquel « *des locaux communaux peuvent être utilisés par les associations, syndicats ou partis politiques qui en font la demande. Le maire détermine les conditions dans lesquelles ces locaux peuvent être utilisés, compte tenu des nécessités de l'administration des propriétés communales, du fonctionnement des services et du maintien de l'ordre public. Le conseil municipal fixe, en tant que de besoin, la contribution due à raison de cette utilisation* ». Il n'y a donc pas d'obstacle juridique à ce que des locaux communaux soient utilisés, à titre temporaire puisque la commune doit veiller à l'égalité de traitement entre tous ceux qui sollicitent l'utilisation des locaux, comme salle de prière. La réserve concernant le respect de l'ordre public n'est pas spécifique à ce mode d'exercice de la liberté de culte : toutes les réunions pour la célébration d'un culte dans les locaux appartenant à une association culturelle ou mis à sa disposition sont, en vertu de l'article 25 de la loi de 1905, également soumises à la surveillance des autorités dans l'intérêt de l'ordre public.

Mais, de toute évidence, il s'agit là tout au plus d'une solution d'attente. Pour des réponses de plus long terme, c'est-à-dire pour la construction d'un édifice cultuel dont une communauté de croyants ressent le besoin, trois dispositifs valables pour tous les projets, indépendamment du caractère cultuel ou non de l'association qui les porte, doivent être mentionnés.

Le premier a été introduit par l'article 112 de la loi de finances rectificative n° 61-825 du 29 juillet 1961 : « *Les emprunts contractés pour financer la construction dans les agglomérations en voie de développement d'édifices répondant à des besoins collectifs de caractère religieux par des groupements locaux ou par des associations culturelles peuvent être garantis par les départements et par les communes. Le ministre des finances et des affaires économiques est également autorisé à donner la garantie de l'État aux emprunts qui seraient émis en France pour le même objet par des groupements ou par des associations à caractère national* ». Ces dispositions autorisent donc l'État, les départements et les communes, par dérogation au principe posé par l'article 2 de la loi de 1905, à accorder une **garantie d'emprunt** pour la construction d'un édifice religieux, facilitant considérablement la recherche d'un prêt bancaire. Les conditions posées par le texte pour la mise en œuvre de cette faculté sont en outre marquées par un grand libéralisme : tout groupement ou toute association culturelle peut en bénéficier ; et si la condition tenant à ce que la construction doit intervenir dans une agglomération en voie de développement révèle bien la préoccupation du législateur, à savoir la prise en compte des mutations urbaines et démographiques, elle laisse en pratique une large marge d'appréciation.

Une autre mesure permet d'alléger le plan de financement d'un projet de construction d'édifice religieux, quelle que soit la structure qui le conduit : **les édifices du culte ne sont pas assujettis à la taxe d'habitation** car, ne pouvant être regardés comme occupés à titre privatif, ils ne rentrent pas dans les critères fixés par le 2° de l'article 1407 du Code général des impôts. Cette mesure fiscale ne diminue évidemment pas le coût de la construction



elle-même, mais allège les charges récurrentes et donc le coût total actualisé d'un investissement dans ce domaine. Elle s'applique quelles que soient les modalités de gestion de l'édifice, que cette gestion soit assurée par une association culturelle ou par une association relevant de la loi du 1^{er} juillet 1901⁵⁷⁷.

Un troisième dispositif permettant à une collectivité publique de favoriser la construction d'un édifice culturel est la **formule dite des « chantiers du cardinal »**. Inspirée dans les années 1930 par le cardinal Verdier pour la construction d'églises dans les zones urbaines, elle est aujourd'hui encore d'application courante pour des églises mais aussi des mosquées, des temples ou des synagogues. Elle consiste, pour une collectivité publique, généralement une commune, à mettre à la disposition d'une association assurant la construction d'un édifice culturel un terrain lui appartenant au moyen d'un bail emphytéotique conclu pour un coût symbolique ; au terme du bail, qui est de longue durée, le terrain d'assiette revient à la collectivité et l'édifice qui y a été construit devient sa propriété, le tout relevant de son domaine privé.

Cet instrument est efficace et précieux pour les associations souhaitant construire un édifice culturel. Il se développe cependant dans un contexte juridique incertain. Dès lors qu'il a fait ses preuves, il serait souhaitable de remédier à ces incertitudes.

Au-delà de ces dispositifs généraux, le financement de la construction d'édifices culturels est notamment **facilité lorsque le projet est porté par une association culturelle** au sens du titre IV de la loi de 1905. Le régime applicable à ce type d'associations leur impose des prescriptions particulières ; mais il offre en contrepartie des potentialités multiples pour faciliter le financement des activités directement liées à l'exercice du culte et en particulier la construction d'édifices culturels. Trois éléments de ce statut déjà mentionnés apparaissent particulièrement favorables à cet égard. Les associations culturelles ont la faculté de recevoir des **dons et legs**⁵⁷⁸. Les associations culturelles, et elles seules, peuvent, par dérogation au principe selon lequel « *la République ne (...) subventionne aucun culte* », **recevoir des collectivités publiques des fonds destinés à la réparation des édifices culturels qui leur appartiennent**, qu'ils soient ou non classés monuments historiques. Si cette disposition, introduite en 1942, ne diminue pas directement le coût des constructions elles-mêmes, elle est néanmoins de nature à les encourager en limitant les charges futures qui y sont liées. Enfin, le 4^o de l'article 1382 du CGI, issu de l'article 4 de la loi du 9 janvier 1909 et de la loi du 13 janvier 1941, institue une **exonération de la taxe foncière sur les propriétés bâties** au profit des édifices affectés à un culte s'ils appartiennent à une personne publique ou à une association culturelle⁵⁷⁹.

577 - CE, 13 janvier 1993, *Ministre du Budget c/Association AGAPE*, précité ; *Ministre du Budget c/Congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah du Puy*, précité.

578 - Le 10^o de l'article 795 du Code général des impôts exonère de droit de mutation à titre gratuit les dons et legs consentis aux associations culturelles ou aux unions d'associations culturelles, ainsi d'ailleurs qu'à des congrégations. En outre, des avantages sont consentis aux bienfaiteurs depuis la loi n^o 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat modifié par la loi n^o 2003-709 du 1^{er} août 2003.

579 - Ou encore, dans les départements du Haut-Rhin, Bas-Rhin et de la Moselle, à des associations ayant pour objet exclusif l'exercice d'un culte non reconnu.



La mise en place d'**aumôneries** prévue par la loi de 1905 est un exemple du rôle actif que peuvent avoir les instances publiques pour assurer l'exercice des cultes sans discrimination (cf. supra). La mise en œuvre de ces dispositions peut toutefois se heurter à des difficultés, les aumôniers devant en principe bénéficier de l'agrément des autorités religieuses dont ils dépendent : ceci n'est pas d'une appréciation aisée pour les aumôneries musulmanes, en nombre insuffisant. Rien, en principe, ne s'oppose cependant à la création d'une aumônerie musulmane dans les armées. Des aumôniers musulmans officient dans les prisons, mais sont encore peu nombreux⁵⁸⁰. La Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, dans son rapport, préconise, pour combler cette lacune, la mise en œuvre des textes existant sur les aumôneries.

Les problèmes liés à ce que **la laïcité française est une laïcité « sur fond de christianisme »** ne doivent pas être surestimés : on ne saurait, à cet égard, faire fi d'une histoire millénaire, et tenir pour abusif que les jours chômés et fêtes légales soient directement et quasi exclusivement liés à la mémoire chrétienne. On voit mal, en particulier, ce qui justifierait la remise en cause du repos du dimanche qui, outre qu'il permet aux personnes de religion chrétienne de pratiquer leur culte, correspond à une nécessité sociale de repos hebdomadaire commune à une très grande majorité de salariés un jour de la semaine⁵⁸¹. La Cour de cassation a jugé que les textes prévoyant un repos hebdomadaire le dimanche n'étaient pas contraires à l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors qu'ils instituent « *des mesures nécessaires, dans une société démocratique... à la protection des droits et des libertés* »⁵⁸². Il est en revanche indispensable d'examiner comment permettre, dans la pratique, aux ressortissants des religions minoritaires de concilier, sans que cela affecte leur carrière ou leur santé physique ou psychique, leur appartenance religieuse d'une part, le calendrier et les rythmes de la société française, d'autre part.

3.3. Quelle conciliation entre la sphère de la spiritualité et l'ordre étatique ?

3.3.1. Rationalité étatique et rationalité spirituelle

Tout système de croyances tend à développer une interprétation plus ou moins englobante du monde, et de l'aventure humaine, et à secréter des systèmes de prescriptions ou de rites. Ceux qui prennent racine dans des cultures non occidentales peuvent heurter de front les représentations et les règles qui ont peu à peu prévalu en Occident. Cela n'est pas anormal. Des incompatibilités existaient aussi, et persistent pour partie à exister, entre la vision du monde héritée

580 - Voir, sur ces points *Le point sur... l'Islam en France*, La Documentation française, 2000.

581 - *Traité du droit français des religions*, Éditions du Jurisclasseur, 2003, p. 716.

582 - Cass. crim. 14 avril 1992, n° 90-81894.



du christianisme et celle qui s'est forgée au siècle des Lumières, puis consolidée à l'occasion des luttes révolutionnaires et sous l'influence du rationalisme et du positivisme tout au long du XIX^e siècle. Face à cette situation, il est de la responsabilité de l'État de fixer, si cela est nécessaire, pour éviter qu'il soit porté atteinte aux valeurs fondamentales dont il se réclame, des bornes aux désirs tutélaires des religions et autres croyances.

C'est ce qu'a précocement, et en termes forts, fait valoir Locke.

« Le magistrat n'ayant nul droit de prescrire à quelque Église que ce soit les rites et les cérémonies qu'elle doit suivre, il n'a pas non plus le pouvoir d'empêcher aucune Église de suivre les cérémonies et le culte qu'elle juge à propos d'établir : parce que, autrement, il détruirait l'Église même, dont le but est uniquement de servir Dieu avec liberté et à sa manière.

Suivant cette règle, dira-t-on peut-être, si les membres d'une Église voulaient immoler des enfants, et s'abandonner, hommes et femmes, à un mélange criminel, ou à d'autres impuretés de cette nature (comme on reprochait autrefois, sans aucun sujet, aux premiers chrétiens), faudrait-il pour cela que le magistrat les tolérât, parce que cela se ferait dans une assemblée religieuse ? Point du tout : parce que de telles actions doivent toujours être défendues, dans la vie civile même, soit en public ou en particulier, et qu'ainsi l'on ne doit jamais les admettre dans le culte religieux d'aucune société. Mais si l'envie prenait à quelques personnes d'immoler un veau, je ne crois pas que le magistrat doive s'y opposer. Par exemple, Mélibée a un veau qui lui appartient en propre ; il lui est permis de le tuer chez lui, et d'en brûler telle proportion qu'il lui plaît, sans faire de tort à personne, ni diminuer le bien des autres. De même, l'on peut égorger un veau dans le culte que l'on rend à Dieu ; mais, de savoir si cette victime lui est agréable, ou non, cela n'intéresse que ceux qui la lui offrent. Le devoir du magistrat est simplement d'empêcher que le public ne reçoive aucun dommage, et qu'on ne porte aucun préjudice à la vie et aux biens d'autrui. Du reste, ce qu'on pouvait employer à un festin, peut aussi bien être employé à un sacrifice. Mais s'il arrivait, par hasard, qu'il fût de l'intérêt public que l'on s'abstînt pour quelque temps de tuer des bœufs, pour en laisser croître le nombre, qu'une grande mortalité aurait fort diminué, qui ne voit que le magistrat peut, en pareil cas, défendre à tous ses sujets de tuer aucun veau, quelque usage qu'ils voulussent en faire ? Seulement, il faut observer qu'alors la loi ne regarde pas la religion, mais la politique et qu'elle ne défend pas d'immoler des veaux, mais de les tuer. On voit par là quelle différence il y a entre l'Église et l'État. »⁵⁸³

Encore faut-il, en pareil cas, et c'est ce que souligne Locke lui-même, ne se tromper ni sur la justification donnée des interventions retenues, ni sur leurs cibles.

Ainsi ne peut-on, d'évidence, accepter, au motif qu'elles se rattacheraient à un corpus de prescriptions religieuses, différentes sortes de mutilation, la privation des droits civils ou la minoration des droits des membres d'une race ou

583 - John Locke, *Lettre sur la tolérance et autres textes*, 1686 (trad. de Jean Le Clerc) Paris, GF 1992.



d'un sexe. Ni l'interdiction, une fois une religion adoptée, de s'en détacher ou d'en changer. Il est des principes dont le respect ne peut être négocié.

Mais la difficulté consiste à tracer la ligne entre ce qui relève des droits fondamentaux, ou d'autres enjeux d'intérêt général, et ce qui relève d'habitudes ou de convenances.

Il importe également d'éviter autant que possible que l'adepte de quelque religion que ce soit ne se trouve réduit à la condition d'otage du fait des conflits de droit dont aucun arrangement international n'a éliminé l'occurrence ou prévu le règlement. Un tel problème peut se poser avec une certaine fréquence en matière de statut personnel.

3.3.2. Les limites des interférences entre l'État et la sphère religieuse

Plus généralement, toute **intervention de l'État** dans la liberté religieuse, l'exercice du culte et l'expression publique des cultes est à proscrire qui ne serait pas impérativement nécessaire.

Mais cette intervention est possible et indispensable lorsque des raisons d'ordre public la justifient. Elle doit cependant rester proportionnée à ces exigences. C'est ce qu'impose la nécessaire conciliation entre les nécessités de l'ordre public et l'exercice des libertés fondamentales, consacrée depuis fort longtemps par la jurisprudence du Conseil d'État et affirmée par le Conseil constitutionnel⁵⁸⁴. De même, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales suppose, aux termes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (cf. supra) que l'ingérence de l'État soit « *nécessaire dans une société démocratique* », ce qui impose à la Cour de rechercher si elle correspond à un « *besoin social impérieux* », qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi et prévue par la « *loi* », c'est-à-dire suffisamment prévisible, précise et accessible.

La neutralité du service public, dont le corollaire est le devoir de réserve qui s'impose aux fonctionnaires, est une exigence légitime et indispensable, condition au demeurant de la liberté de conscience de l'utilisateur de ce service. Mais la liberté d'expression de son appartenance à une religion par cet usager, qui ne peut lui-même faire l'objet de discrimination en raison de ses convictions, ne saurait porter atteinte à la neutralité du service public. Ainsi doit-il en être en particulier à l'école ou à l'hôpital. Ces principes ne sauraient être contestés. Seuls les moyens de les assurer, la nature et la portée précise des prohibitions à retenir et le support juridique le plus approprié peuvent donner lieu à débat.

Il est exclu de concevoir, afin de préserver la cohésion sociale et de respecter le principe d'égalité et de non-discrimination entre religions, des règles différentes selon les religions d'appartenance, que ce soit au sein de l'école ou dans

584 - Cf. par exemple Conseil constitutionnel, décision n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *JORF* du 21 janvier 1995 p. 1154.



un autre cadre. L'application d'une même loi à tous est la meilleure garantie contre les discriminations. Il faut en revanche comprendre qu'il n'existe pas d'homogénéité entre ce qui constitue le cœur des croyances ou des sensibilités religieuses (repos hebdomadaire, prescriptions alimentaires...), les prescriptions des différentes religions sur chacun de ces terrains n'étant pas d'égale intensité. Il faut également admettre que des rationalités contradictoires avec la rationalité dominante puissent se faire jour dans les différents comportements religieux, et aussi que les représentations et les stratégies individuelles des adeptes d'une même religion puissent revêtir des écarts significatifs, selon les milieux d'origine, les points de vue, les négociations et les transactions qui leur paraissent opportunes ; et il faut s'efforcer de ne pas prendre ces rationalités, représentations et stratégies, par le travers, sauf si elles menacent l'ordre public.

Non seulement l'État ne doit pas, à cet égard, manifester de préférence, mais encore ne faut-il pas qu'il ait, serait-ce involontairement, l'air d'en avoir. Il lui revient de surcroît, lorsqu'une totale abstention à l'égard de certaines croyances pourrait faire obstacle à la concrétisation du droit à l'expression de croyances et à l'exercice, le cas échéant, d'un culte, de prendre, sans discrimination, les mesures (fiscales et financières notamment) nécessaires, dans les limites fixées par les textes et la jurisprudence concernant la laïcité.

La protection des lieux de culte a justifié des mesures. L'article 32 de la loi de 1905 avait déjà prévu des peines d'amende et d'emprisonnement pour quiconque empêche, retarde ou interrompt l'exercice d'un culte par des troubles ou des désordres causés dans le local servant à cet exercice. Les atteintes répétées à la sécurité des lieux de culte ont justifié le renforcement de la législation existante avec la loi n° 2003-88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe. D'origine parlementaire, cette loi comporte un article 9 ajoutant à l'article 322-3 du Code pénal un alinéa ainsi rédigé : « *Lorsque l'infraction définie au premier alinéa de l'article 322-1 (à savoir la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui) est commise à l'encontre d'un lieu de culte, d'un établissement scolaire, éducatif ou de loisirs ou d'un véhicule transportant des enfants, les peines encourues sont également portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende* ». Dans de tels cas, l'État n'a plus seulement un devoir de neutralité mais aussi un devoir de protection.

On a déjà relevé qu'il était important, pour l'État, de **disposer d'interlocuteurs représentant les différents cultes**. « *Si l'homme est un "animal religieux", à la fois croyant et citoyen, les deux pouvoirs sont condamnés à s'entendre sans se confondre et à se fréquenter sans se combattre* »⁵⁸⁵.

La question est simple pour ce qui concerne l'Église catholique, structurée et hiérarchisée. Au demeurant, depuis 2002, des contacts réguliers ont lieu permettant d'aborder à la demande des parties les points qu'elles souhaitent

585 - Intervention du cardinal Jean-Louis Tauran à l'Assemblée annuelle des évêques de France, 2003.



évoquer. L'organisation des cultes protestant et judaïque, et en particulier la mise en place, au XIX^e siècle, par voie réglementaire, d'institutions représentatives de ces cultes, sous forme notamment de consistoires centraux, a permis l'identification d'interlocuteurs. Le cas de l'islam est plus complexe, en raison des courants divers et de l'absence de hiérarchie qui le caractérisent, d'où les efforts récents pour susciter et établir une représentation de l'islam en France qui puisse être admise comme reflétant les différents courants. Alors que les musulmans souhaitent que l'expression publique de leur culte soit admise et reconnue, il n'est pas anormal, et il est utile en pratique, que l'État encourage l'institution de telles instances représentatives. C'est dans ce but que fut créé en 1990 le CORIF (Conseil de réflexion sur l'Islam en France), organisme consultatif, sous l'impulsion de la Mosquée de Paris, qui suscita des réactions de l'Union des organisations islamiques de France (UOIF) et de la Fédération nationale des musulmans de France (FNMF), qui ne se considèrent pas comme représentées dans cette instance. De nouvelles réflexions ont été menées à partir de la fin des années 1990 dans le but d'organiser une instance de représentation. Tel est l'objet du Conseil français du culte musulman récemment créé dans une perspective de dialogue et tenant compte de la diversité des sensibilités au sein de l'islam.

La neutralité que se doit d'observer l'État à l'égard des religions ne lui permet pas, en principe, à l'occasion de démarches de ce type, de censurer, d'encourager ou de cautionner les dissidences. Mais il est des cas où il lui revient de les constater, quelle que soit la religion en cause. Des religions peuvent présenter des caractéristiques telles qu'il n'est pas concevable de renvoyer à une autorité supérieure le soin de traiter de tels litiges, comme c'est le cas en général dans le cadre de l'Église catholique. Des procédés restent donc à identifier prenant en compte ces deux contraintes.

Quelle doit être la nature du dialogue avec les religions ?

Le souhait, exprimé par les représentants de plusieurs religions, dont le grand rabbin de France « *que les représentants du culte soient systématiquement consultés sur un certain nombre de textes comme les lois sur la famille, sur la vie, sur l'éducation et, plus largement, tout ce qui touche à l'humain* » est à la fois légitime et source d'ambiguïtés. De même, la Fédération protestante de France préconise l'institution d'un « *comité national des cultes et de la laïcité* », qui aurait tout à la fois un rôle de recensement des problèmes, de suivi des solutions, et d'instance supérieure de médiation.

Si le respect des différentes sensibilités religieuses qui est partie intégrante de la laïcité implique qu'il soit fait recours au dialogue, la pratique ne saurait cependant déboucher sur la négociation des décisions publiques.

L'enseignement du fait religieux

Si la laïcité française suppose la séparation des Églises et de l'État, elle n'entraîne pas, de la part de l'État, la négation du phénomène religieux. Parallèlement, et alors même que la laïcité fait l'objet d'un large consensus, même si ses contours et ses exigences sont discutés, l'enseignement du fait religieux devient un besoin ressenti pour lequel on se tourne vers l'État. Sont ainsi



dénoncés « *l'analphabétisme religieux* » des jeunes générations⁵⁸⁶, phénomène commun à toutes les sociétés développées, lié à leur sécularisation croissante, « *la crise de transmission de l'héritage spirituel de la France* »⁵⁸⁷, « *l'inculture religieuse* », alors même que « *traditions religieuses et avenir des Humanités sont embarquées sur un même bateau* »⁵⁸⁸.

Excluant le recours à une « matière » en plus et à part entière dans le premier et le second degrés, le rapport élaboré par Régis Debray se prononce pour que « *la charge incombe aux personnels en fonction à travers les disciplines reconnues* », et souligne qu'il convient de faire porter l'action sur les contenus d'enseignement et surtout sur la préparation des enseignants. Il s'agit de « *banaliser le sujet* ». C'est dans cette optique qu'a été créé l'Institut européen des sciences des Religions au sein de l'École pratique des Hautes Études, avec pour objectif de renforcer les projets de recherche scientifique et d'offrir des prestations aux Instituts universitaires de formation des maîtres (IUFM).

Le rapport établi par François Baroin, pour sa part, préconise une expérimentation d'un enseignement spécifique du fait religieux⁵⁸⁹.

Quel que soit le vecteur choisi, l'exercice de l'enseignement de l'histoire des religions est un exercice difficile. Il suppose des procédures adéquates pour la formation des maîtres et pour l'évaluation des documents diffusés dans le cadre de cet enseignement. L'enseignement historique, sociologique, du fait religieux est une chose : la pratique d'une religion en est une autre. Et l'enseignement du fait religieux doit éviter le triple écueil des biais culturels, qui peuvent jouer dans des sens contradictoires, de la juxtaposition des défenses et illustrations, et de l'affadissement, par recours aux simplifications abusives et aux stéréotypes, de messages religieux ou philosophiques, dont c'est souvent la complexité qui fait la richesse, et dont les interprétations réductrices, soit par leurs adeptes, soit par leurs adversaires, défigurent le sens.

586 - J. Costa-Lascoux.

587 - Grand rabbin de France, *L'État et les religions en France*, Réflexions et perspectives, avril 2003.

588 - Régis Debray, *L'enseignement du fait religieux à l'École laïque*, Rapport à M. Le ministre de l'Éducation nationale, février 2002.

589 - Rapport de François Baroin devant le Bureau de Dialogue et Initiative, *Pour une nouvelle laïcité*, avril 2003.



Conclusion

La laïcité française, laïcité sur fond de christianisme, inséparable du contexte historique dans lequel elle est née, n'est pas statique. « *Mouvement perpétuel* »⁵⁹⁰, elle a su s'adapter pour que soit assurée l'application des règles régissant les rapports entre les individus et les groupes, valables pour tous, tout en permettant la reconnaissance mutuelle et l'expression des diversités d'opinions.

Le système de séparation à la française entre les Églises et l'État, depuis 1905, n'a pas refusé les aménagements lorsqu'ils étaient souhaitables et possibles, ainsi pour la question scolaire ou le respect de certains rites. La jurisprudence a veillé à ce que prévale une interprétation libérale des textes qui ont organisé cette séparation, précisant les contours d'un régime original que, selon René Rémond, « *le terme de séparation définit mal... et qui s'inspire d'une conception de la laïcité assurément différente de l'idée que s'en faisaient les auteurs de la loi de 1905, mais qui n'est cependant pas fondamentalement contraire à la lettre et à une partie de son esprit* ». L'évolution s'est faite dans les deux sens, de l'État vers les Églises, et des Églises vers l'État. On se rappelle les mots par lesquels A. Briand concluait son rapport sur le projet de loi présenté aux députés : « *En le votant, vous ramènerez l'État à une juste appréciation de son rôle et de sa fonction : vous rendrez la République à la véritable tradition révolutionnaire et vous aurez accordé à l'Église ce qu'elle a seulement le droit d'exiger, à savoir la pleine liberté de s'organiser, de vivre, de se développer selon ses règles et par ses propres moyens, sans autre restriction que le respect des lois et de l'ordre public* ».

Mais la question de la laïcité a toujours revêtu, en France, un caractère sensible, et les débats actuels en sont une nouvelle illustration. Le regard porté sur cette question est aujourd'hui nourri, mais aussi brouillé, par celle, plus large, de l'intégration et des dangers à cet égard du communautarisme.

Le paysage français des croyances est plus diversifié, les religions sont plus nombreuses aujourd'hui qu'en 1905. Elles bénéficient d'une visibilité plus grande. Cette évolution n'en rend que plus nécessaire la préservation des principes fondateurs de la laïcité française, pluralisme et liberté de croyance et de conviction, dans le respect des nécessités de l'ordre public.

590 - Émile Poulat, « Une longue histoire » in Coll., *Islam, France et laïcité : une nouvelle donne ?*, Panoramiques, éd. Corlet.



Au moment où ce rapport est adopté, le débat sur les questions récurrentes que pose aujourd'hui l'application du principe de laïcité a donné lieu à diverses propositions.

Outre celle relatives au port de signes d'appartenance religieuse à l'école, qui fait l'objet du projet de loi en cours d'examen, d'autres propositions ont été avancées, dont le but est de réaffirmer la neutralité du service public et qui se traduiraient par des textes. Ainsi, le rapport de la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, rendu public le 11 décembre 2003, estime qu'il serait opportun de transcrire dans le statut général des trois fonctions publiques le respect de la neutralité du service auquel sont tenus les fonctionnaires. Ce même rapport propose qu'une loi précise les obligations que les patients doivent respecter à l'hôpital. Le Président de la République s'est prononcé en faveur d'une loi consacrant, pour l'hôpital public, l'absence d'un droit à se faire soigner par un médecin du même sexe.

Pour ce qui concerne les entreprises, la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, et le Président de la République, proposent d'engager les consultations nécessaires et, si besoin, de soumettre au Parlement des dispositions permettant aux chefs d'entreprise de réglementer le port de signes religieux pour des impératifs tenant à la nécessité ou aux contacts avec la clientèle.

L'adaptation qui s'est révélée possible depuis un siècle à d'autres évolutions laisse penser que les nouvelles questions qui se posent trouveront des réponses sans notable remise en cause du cadre centenaire qui a servi de base au développement des rapports entre les Églises et l'État.

La nécessité est aujourd'hui ressentie d'une réaffirmation du respect des principes qui ne sauraient être transgressés. Si des évolutions s'avèrent souhaitables, afin de répondre aux transformations les plus récentes du paysage religieux français, celles-ci devraient s'appuyer sur le socle juridique sur lequel s'est construite la laïcité française et qui en fonde la singularité et la vertu. Encore convient-il de distinguer, d'un côté, entre communautarisme et religion, de l'autre, entre intégration et condamnation sans discernement des pratiques religieuses.

Au-delà du cadre juridique, le dialogue et la pédagogie sont essentiels pour lutter contre les tensions et incompréhensions actuelles.

Le 5 février 2004.



A

Abattage rituel : 324-325, 362, 366
Affectation culturelle : 304, 312
Alsace-Moselle : 266-269, 286, 292, 295, 313, 331, 384
Armées : 254, 272, 290, 292, 315, 326, 392
Articles organiques : 251, 260, 262, 271, 300
Associations culturelles : 257, 260-263, 267-268, 279-286, 288, 290, 294, 300-305, 307-308, 311, 313, 317-320, 322-323, 325-326, 383, 388-391
Associations diocésaines : 265, 279, 282-283, 301, 303
Aumôneries : 254, 259, 286-287, 315, 392
Autorisation d'absence : 328, 344
Autorité parentale : 351-352

B

Biens ecclésiastiques : 301
Bioéthique : 330, 332
Bouddhisme : 290, 292-293, 319, 328, 347, 382

C

Cathédrales : 267, 300, 310, 312, 321
Catholicisme : 246, 249-261, 263-267, 269-271, 279-283, 289-290, 292-293, 300-303, 305, 307-308, 311, 313, 315-322, 328, 334-335, 345, 347-349, 370, 375, 378, 382, 389, 395-396
Chantiers du cardinal : 319, 391
Cimetières : 254, 326-327
Circoncision : 331-332
Concordat : 246, 251-252, 254, 256-257, 262-263, 266, 268, 270-271, 300, 307, 370, 374
Congrégations : 249-252, 254-255, 265, 270, 286-299, 314, 319-321, 323, 334-335, 345, 383-384, 391

Contrat de travail : 274, 330, 343-347

Cour de justice des Communautés européennes : 366-367, 369

Cour Européenne des droits de l'homme : 325, 360-361, 386, 394

Cultes reconnus : 251, 263, 266-268, 277, 313, 374

D

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : 246, 276, 278, 357

Devoir de réserve : 334, 394

Diffamation : 348

Divorce : 250, 254, 346, 353

Dons et legs : 267, 269, 283, 289, 295-297, 302, 305, 317, 322-323, 384, 388, 391

Droit local : 266-268, 271, 356

E

Édifices culturels : 267, 286, 299-312, 317-318, 321, 388-391, 395

Eglise orthodoxe : 285, 290, 292, 313, 315, 326, 328, 348, 371, 375, 381

Émissions religieuses : 347, 381

Enfants : 326, 331-334, 336-337, 352, 354-356, 360-361, 364-365, 367, 387

Enseignants : 253, 272, 333, 337-338, 365, 377, 397

Enseignement : 245-246, 249, 251-254, 256, 263-265, 267-270, 272-275, 283, 286, 288-289, 291, 313, 315-316, 321-322, 326, 329, 333-340, 345, 360-361, 363-364, 367, 369-370, 377-378, 380-381, 392, 396-397

Entreprise de tendance : 345-346

Établissements publics du culte : 260-261, 267, 279, 282-283, 300-301, 303-304, 312, 317

Excision : 332



F

Fabriques : 259, 261, 267
Fêtes religieuses : 264, 328-330, 344-345
Financement public : 256, 262, 267, 270, 283, 285-287, 302, 307, 313, 317, 320-321, 335, 377-378, 389
Fiscalité : 268, 297, 313, 319, 323, 376
Fonctionnaires : 265, 273-275, 328, 363, 366, 381, 394, 400
Foulard : 338-339, 344, 357, 364-365, 377, 380
Funérailles : 262, 287, 326-327

I

Islam : 247, 265-267, 271, 292, 314-315, 317-319, 321-322, 324-329, 334, 339-341, 343, 347-348, 350-351, 353-357, 362-364, 372, 375, 379-382, 388-389, 392, 396, 399

J

Judaïsme : 250-251, 260, 266-267, 280, 283, 300-301, 315, 317, 325-326, 329, 332, 382

L

Liberté de religion : 245, 276, 352, 359-365, 374

M

Mariage : 250, 287, 354-357
Mécénat : 295, 388, 391
Médias : 347-348, 350
Menses : 260-261
Ministres du culte : 252, 262-263, 267, 270, 280, 282, 287, 301, 303-304, 308, 312-315, 317, 319, 321, 345, 351, 354
Mosquées : 265, 318, 321-322, 325, 377, 380-381, 389, 391, 396

N

Neutralité : 245-246, 260, 262-263, 272-276, 283, 287, 324, 327, 337-338, 342-344, 362, 364, 368, 370-371, 376, 379, 381, 385, 387, 394-396, 400
Non-discrimination : 365, 369, 374, 378, 394
Notion de culte : 382-383

O

Ordre public : 246, 258, 265, 268, 272, 276, 278, 284-285, 291, 293, 308, 316, 323-324, 326, 328-329, 339-340, 343, 354-356, 362, 367, 371, 375, 383-384, 394-395, 399

P

Pacte international relatif aux droits civils et politiques : 360
Police des cultes : 251, 262, 265, 276-277, 363
Polygamie : 350, 354, 356-357
Prénom et nom patronymique : 353-354, 383
Presbytère : 271, 300, 317
Prescriptions religieuses : 342, 393
Prosélytisme : 287, 338-341, 363
Protection des données personnelles : 350
Protection sociale : 296, 313-315, 332, 386
Protestantisme : 250-251, 257, 260, 266-267, 270-271, 280-281, 283, 287, 290, 292, 300-301, 315, 317-318, 320, 328, 346-347, 371, 378, 382, 396

R

Rabbin : 266, 324, 330, 388, 396-397
Répudiation : 354, 356

S

Sectes et phénomènes sectaires : 352, 363, 379, 384-387, 389
Signes d'appartenance religieuse : 337-338, 400

T

Temples : 255, 304, 391

U

Union européenne : 365, 367-368, 374-375, 380

V

Vie privée : 346, 349-350
Vœux : 250, 264, 290, 292-293, 299, 321



Annexes



Annexe 1

Loi du 9 décembre 1905

Loi du 9 décembre 1905 Loi concernant la séparation des Églises et de l'État

Le Sénat et la chambre des députés ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Titre I^{er} : Principes

Article 1

La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public.

Article 2

La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1^{er} janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes.

Pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons.

Les établissements publics du culte sont supprimés, sous réserve des dispositions énoncées à l'article 3.

Titre II : Attribution des biens, pensions

Article 3

Les établissements dont la suppression est ordonnée par l'article 2 continueront provisoirement de fonctionner, conformément aux dispositions qui les régissent actuellement, jusqu'à l'attribution de leurs biens aux associations prévues par le titre IV et au plus tard jusqu'à l'expiration du délai ci-après.

Dès la promulgation de la présente loi, il sera procédé par les agents de l'administration des domaines à l'inventaire descriptif et estimatif :

1^o Des biens mobiliers et immobiliers desdits établissements ;

2^o Des biens de l'État, des départements et des communes dont les mêmes établissements ont la jouissance.

Ce double inventaire sera dressé contradictoirement avec les représentants légaux des établissements ecclésiastiques ou eux dûment appelés par une notification faite en la forme administrative.

Les agents chargés de l'inventaire auront le droit de se faire communiquer tous titres et documents utiles à leurs opérations.

Article 4

Dans le délai d'un an, à partir de la promulgation de la présente loi, les biens mobiliers et immobiliers des menses, fabriques, conseils presbytéraux, consistoires et autres établissements publics du culte seront, avec toutes les charges et obligations qui les grèvent et avec leur affectation spéciale, transférés par les représentants légaux de ces établissements aux associations qui, en se conformant aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice, se seront légalement formées, suivant les prescriptions de l'article 19, pour l'exercice de ce culte dans les anciennes circonscriptions desdits établissements.

Article 5

Ceux des biens désignés à l'article précédent qui proviennent de l'État et qui ne sont pas grevés d'une fondation pieuse créée postérieurement à la loi du 18 germinal an X feront retour à l'État.

Les attributions de biens ne pourront être faites par les établissements ecclésiastiques qu'un mois après la promulgation du règlement d'administration publique prévu à



l'article 43. Faute de quoi la nullité pourra en être demandée devant le tribunal de grande instance par toute partie intéressée ou par le ministère public.

En cas d'aliénation par l'association culturelle de valeurs mobilières ou d'immeubles faisant partie du patrimoine de l'établissement public dissous, le montant du produit de la vente devra être employé en titres de rente nominatifs ou dans les conditions prévues au paragraphe 2 de l'article 22.

L'acquéreur des biens aliénés sera personnellement responsable de la régularité de cet emploi.

Les biens revendiqués par l'État, les départements ou les communes ne pourront être aliénés, transformés ni modifiés jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la revendication par les tribunaux compétents.

Article 6

Modifié par Loi 1908-04-13 JORF 14 avril 1908.

Les associations attributaires des biens des établissements ecclésiastiques supprimés seront tenues des dettes de ces établissements ainsi que de leurs emprunts sous réserve des dispositions du troisième paragraphe du présent article ; tant qu'elles ne seront pas libérées de ce passif, elles auront droit à la jouissance des biens productifs de revenus qui doivent faire retour à l'État en vertu de l'article 5.

Les annuités des emprunts contractés pour dépenses relatives aux édifices religieux, seront supportées par les associations en proportion du temps pendant lequel elles auront l'usage de ces édifices par application des dispositions du titre III.

Article 7

Modifié par Loi 1908-04-13 JORF 14 avril 1908.

Les biens mobiliers ou immobiliers grevés d'une affectation charitable ou d'une tout autre affectation étrangère à l'exercice du culte seront attribués, par les représentants légaux des établissements ecclésiastiques, aux services ou établissements publics ou d'utilité publique, dont la destination est conforme à celle desdits biens. Cette attribution devra être approuvée par le préfet du département où siège l'établissement ecclésiastique. En cas de non-approbation, il sera statué par décret en Conseil d'État.

Toute action en reprise, qu'elle soit qualifiée en revendication, en révocation ou en résolution, concernant les biens dévolus en exécution du présent article, est soumise aux règles prescrites par l'article 9.

Article 8

Faute par un établissement ecclésiastique d'avoir, dans le délai fixé par l'article 4, procédé aux attributions ci-dessus prescrites, il y sera pourvu par décret.

À l'expiration dudit délai, les biens à attribuer seront, jusqu'à leur attribution, placés sous séquestre.

Dans le cas où les biens attribués en vertu de l'article 4 et du paragraphe 1^{er} du présent article seront, soit dès l'origine, soit dans la suite, réclamés par plusieurs associations formées pour l'exercice du même culte, l'attribution qui en aura été faite par les représentants de l'établissement ou par décret pourra être contestée devant le Conseil d'État, statuant au contentieux, lequel se prononcera en tenant compte de toutes les circonstances de fait.

La demande sera introduite devant le Conseil d'État, dans le délai d'un an à partir de la date du décret ou à partir de la notification, à l'autorité préfectorale, par les représentants légaux des établissements publics du culte, de l'attribution effectuée par eux. Cette notification devra être faite dans le délai d'un mois.

L'attribution pourra être ultérieurement contestée en cas de scission dans l'association nantie, de création d'association nouvelle par suite d'une modification dans le territoire de la circonscription ecclésiastique et dans le cas où l'association attributaire n'est plus en mesure de remplir son objet.

Article 9

Modifié par Loi 1908-04-13 JORF 14 avril 1908.

1. Les biens des établissements ecclésiastiques, qui n'ont pas été réclamés par des associations culturelles constituées dans le délai d'un an à partir de la promulgation de la loi du 9 décembre 1905, seront attribués par décret à des établissements communaux de bienfaisance ou d'assistance situés dans les limites territoriales de la circonscription ecclésiastique intéressée, ou, à défaut d'établissement de cette nature, aux communes ou sections de communes, sous la condition d'affecter aux services de bienfaisance ou



d'assistance tous les revenus ou produits de ces biens, sauf les exceptions ci-après :

1° Les édifices affectés au culte lors de la promulgation de la loi du 9 décembre 1905 et les meubles les garnissant deviendront la propriété des communes sur le territoire desquelles ils sont situés, s'ils n'ont pas été restitués ni revendiqués dans le délai légal ;

2° Les meubles ayant appartenu aux établissements ecclésiastiques ci-dessus mentionnés qui garnissent les édifices désignés à l'article 12, paragraphe 2, de la loi du 9 décembre 1905, deviendront la propriété de l'État, des départements et des communes, propriétaires desdits édifices, s'ils n'ont pas été restitués ni revendiqués dans le délai légal ;

3° Les immeubles bâtis, autres que les édifices affectés au culte, qui n'étaient pas productifs de revenus lors de la promulgation de la loi du 9 décembre 1905 et qui appartenaient aux menses archiépiscopales et épiscopales, aux chapitres et séminaires, ainsi que les cours et jardins y attenants, seront attribués par décret, soit à des départements, soit à des communes, soit à des établissements publics pour des services d'assistance ou de bienfaisance ou des services publics ;

4° Les biens des menses archiépiscopales et épiscopales, chapitres et séminaires, seront, sous réserve de l'application des dispositions du paragraphe précédent, affectés dans la circonscription territoriale de ces anciens établissements, au paiement du reliquat des dettes régulières ou légales de l'ensemble des établissements ecclésiastiques compris dans ladite circonscription, dont les biens n'ont pas été attribués à des associations cultuelles, ainsi qu'au paiement de tous frais exposés et de toutes dépenses effectuées relativement à ces biens par le séquestre, sauf ce qui est dit au paragraphe 13 de l'article 3 ci-après. L'actif disponible après l'acquittement de ces dettes et dépenses sera attribué par décret à des services départementaux de bienfaisance ou d'assistance.

En cas d'insuffisance d'actif il sera pourvu au paiement desdites dettes et dépenses sur l'ensemble des biens ayant fait retour à l'État, en vertu de l'article 5 ;

5° Les documents, livres, manuscrits et œuvres d'art ayant appartenu aux établissements ecclésiastiques et non visés au 1° du présent paragraphe pourront être réclamés par l'État, en vue de leur dépôt dans les archives, bibliothèques ou musées et lui être attribués par décret ;

6° Les biens des caisses de retraite et maisons de secours pour les prêtres âgés ou infirmes seront attribués par décret à des sociétés de secours mutuels constituées dans les départements où ces établissements ecclésiastiques avaient leur siège.

Pour être aptes à recevoir ces biens, lesdites sociétés devront être approuvées dans les conditions prévues par la loi du 1^{er} avril 1898, avoir une destination conforme à celle desdits biens, être ouvertes à tous les intéressés et ne prévoir dans leurs statuts aucune amende ni aucun cas d'exclusion fondés sur un motif touchant à la discipline ecclésiastique.

Les biens des caisses de retraite et maisons de secours qui n'auraient pas été réclamés dans le délai de dix-huit mois à dater de la promulgation de la présente loi par des sociétés de secours mutuels constituées dans le délai d'un an de ladite promulgation, seront attribués par décret aux départements où ces établissements ecclésiastiques avaient leur siège, et continueront à être administrés provisoirement au profit des ecclésiastiques qui recevaient des pensions ou secours ou qui étaient hospitalisés à la date du 15 décembre 1906.

Les ressources non absorbées par le service de ces pensions ou secours seront employées au remboursement des versements que les ecclésiastiques ne recevant ni pension ni secours justifieront avoir faits aux caisses de retraites.

Le surplus desdits biens sera affecté par les départements à des services de bienfaisance ou d'assistance fonctionnant dans les anciennes circonscriptions des caisses de retraite et maisons de secours.

2. En cas de dissolution d'une association, les biens qui lui auront été dévolus en exécution des articles 4 et 8 seront attribués par décret rendu en Conseil d'État, soit à des associations analogues dans la même circonscription ou, à leur défaut, dans les circonscriptions les plus voisines, soit aux établissements visés au paragraphe 1^{er} du présent article.

3. Toute action en reprise, qu'elle soit qualifiée en revendication, en révocation ou en résolution doit être introduite dans le délai ci-après déterminé.

Elle ne peut être exercée qu'en raison de donations, de legs ou de fondations pieuses, et seulement par les auteurs et leurs héritiers en ligne directe.



Les arrérages de rentes dues aux fabriques pour fondations pieuses ou cultuelles et qui n'ont pas été rachetées cessent d'être exigibles.

Aucune action d'aucune sorte ne pourra être intentée à raison de fondations pieuses antérieures à la loi du 18 germinal an X.

4. L'action peut être exercée contre l'attributaire ou, à défaut d'attribution, contre le directeur général des domaines représentant l'État en qualité de séquestre.

5. Nul ne pourra introduire une action, de quelque nature qu'elle soit, s'il n'a déposé, deux mois auparavant un mémoire préalable sur papier non timbré entre les mains du directeur général des domaines qui en délivrera un récépissé daté et signé.

6. Au vu de ce mémoire, et après avis du directeur des domaines, le préfet pourra en tout état de cause, et quel que soit l'état de la procédure, faire droit à tout ou partie de la demande par un arrêté.

7. L'action sera prescrite si le mémoire préalable n'a pas été déposé dans les dix mois à compter de la publication au Journal officiel de la liste des biens attribués ou à attribuer avec les charges auxquelles lesdits biens seront ou demeureront soumis, et si l'assignation devant la juridiction ordinaire n'a pas été délivrée dans les trois mois de la date du récépissé.

Parmi ces charges, pourra être comprise celle de l'entretien des tombes.

8. Passé ces délais, les attributions seront définitives et ne pourront plus être attaquées de quelque manière ni pour quelque cause que ce soit.

Néanmoins, toute personne intéressée pourra poursuivre devant le Conseil d'État statuant au contentieux, l'exécution des charges imposées par les décrets d'attribution.

9. Il en sera de même pour les attributions faites après solution des litiges soulevés dans le délai.

10. Tout créancier, hypothécaire, privilégié ou autre, d'un établissement dont les biens ont été mis sous séquestre, devra, pour obtenir le paiement de sa créance, déposer préalablement à toute poursuite un mémoire justificatif de sa demande, sur papier non timbré, avec les pièces à l'appui au directeur général des domaines qui en délivrera un récépissé daté et signé.

11. Au vu de ce mémoire et sur l'avis du directeur des domaines, le préfet pourra en tout état de cause, et quel que soit l'état de la

procédure, décider, par un arrêté pris en conseil de préfecture, que le créancier sera admis, pour tout ou parti de sa créance, au passif de la liquidation de l'établissement supprimé.

12. L'action du créancier sera définitivement éteinte si le mémoire préalable n'a pas été déposé dans les six mois qui suivront la publication au Journal officiel prescrite par le paragraphe 7 du présent article, et si l'assignation devant la juridiction ordinaire n'a pas été délivrée dans les neuf mois de ladite publication.

13. Dans toutes les causes auxquelles s'appliquent les dispositions de la présente loi, le tribunal statue comme en matière sommaire, conformément au titre 24 du livre II du Code de procédure civile.

Les frais exposés par le séquestre seront, dans tous les cas, employés en frais privilégiés sur le bien séquestré, sauf recouvrement contre la partie adverse condamnée aux dépens, ou, sur la masse générale des biens recueillis par l'État.

Le donateur et les héritiers en ligne directe soit du donateur, soit du testateur ayant, dès à présent, intenté une action en revendication ou en révocation devant les tribunaux civils, sont dispensés des formalités de procédure prescrites par les paragraphes 5, 6 et 7 du présent article.

14. L'État, les départements les communes et les établissements publics ne peuvent remplir ni les charges pieuses ou cultuelles, afférentes aux libéralités à eux faites ou, aux contrats conclus par eux, ni les charges dont l'exécution comportait l'intervention soit d'un établissement public du culte, soit de titulaires ecclésiastiques.

Ils ne pourront remplir les charges comportant l'intervention d'ecclésiastiques pour l'accomplissement d'actes non cultuels que s'il s'agit de libéralités autorisées antérieurement à la promulgation de la présente loi, et si, nonobstant l'intervention de ces ecclésiastiques, ils conservent un droit de contrôle sur l'emploi desdites libéralités.

Les dispositions qui précèdent s'appliquent au séquestre.

Dans les cas prévus à l'alinéa 1^{er} du présent paragraphe, et en cas d'inexécution des charges visées à l'alinéa 2, l'action en reprise, qu'elle soit qualifiée en revendication, en révocation ou en résolution, ne peut être exercée que par les auteurs des libéralités et leurs héritiers en ligne directe.



Les paragraphes précédents s'appliquent à cette action sous les réserves ci-après :

Le dépôt du mémoire est fait au préfet, et l'arrêté du préfet en conseil de préfecture est pris, s'il y a lieu, après avis de la commission départementale pour le département, du conseil municipal pour la commune et de la commission administrative pour l'établissement public intéressé.

En ce qui concerne les biens possédés par l'État, il sera statué par décret.

L'action sera prescrite si le mémoire n'a pas été déposé dans l'année qui suivra la promulgation de la présente loi, et l'assignation devant la juridiction ordinaire délivrée dans les trois mois de la date du réception.

15. Les biens réclamés, en vertu du paragraphe 14, à l'État, aux départements, aux communes et à tous les établissements publics ne seront restituables, lorsque la demande ou l'action sera admise, que dans la proportion correspondant aux charges non exécutées, sans qu'il y ait lieu de distinguer si lesdites charges sont ou non déterminantes de la libéralité ou du contrat de fondation pieuse et sous déduction des frais et droits correspondants payés lors de l'acquisition des biens.

16. Sur les biens grevés de fondations de messes, l'État, les départements, les communes et les établissements publics possesseurs ou attributaires desdits biens, devront, à défaut des restitutions à opérer en vertu du présent article, mettre en réserve la portion correspondant aux charges ci-dessus visées.

Cette portion sera remise aux sociétés de secours mutuels constituées conformément au paragraphe 1^{er}, 6^o, de l'article 9 de la loi du 9 décembre 1905, sous la forme de titres de rente nominatifs, à charge par celles-ci d'assurer l'exécution des fondations perpétuelles de messes.

Pour les fondations temporaires, les fonds y afférents seront versés auxdites sociétés de secours mutuels, mais ne bénéficieront pas du taux de faveur prévu par l'article 21 de la loi du 1^{er} avril 1898.

Les titres nominatifs seront remis et les versements faits à la société de secours mutuels qui aura été constituée dans le département, ou à son défaut dans le département le plus voisin.

À l'expiration du délai de dix-huit mois prévu au paragraphe 1^{er}, 6^o ci-dessus visé, si aucune des sociétés de secours mutuels qui viennent d'être mentionnées n'a réclamé la

remise des titres ou le versement auquel elle a droit, l'État, les départements, les communes et les établissements publics seront définitivement libérés et resteront propriétaires des biens par eux possédés ou à eux attribués, sans avoir à exécuter aucune des fondations et messes grevant lesdits biens.

La portion à mettre en réserve, en vertu des dispositions précédentes sera calculée sur la base des tarifs indiqués dans l'acte de fondation, ou, à défaut, sur la base des tarifs en vigueur au 9 décembre 1905.

Article 10

Modifié par Loi 1908-04-13 JORF 14 avril 1908.

1. Les attributions prévues par les articles précédents ne donnent lieu à aucune perception au profit du Trésor.

2. Les transferts, transcriptions, inscriptions et mainlevées, mentions et certificats seront opérés ou délivrés par les compagnies, sociétés et autres établissements débiteurs et par les conservateurs des hypothèques, en vertu, soit d'une décision de justice devenue définitive, soit d'un arrêté pris par le préfet..., soit d'un décret d'attribution.

3. Les arrêtés et décrets, les transferts, les transcriptions, inscriptions et mainlevées, mentions et certificats opérés ou délivrés venu desdits arrêtés et décrets ou des décisions de justice susmentionnés seront affranchis de droits de timbre, d'enregistrement et de toute taxe.

4. Les attributaires de biens immobiliers seront, dans tous les cas, dispensés de remplir les formalités de purge des hypothèques légales. Les biens attribués seront francs et quittes de toute charge hypothécaire ou privilégiée qui n'aurait pas été inscrite avant l'expiration du délai de six mois à dater de la publication au Journal officiel ordonnée par le paragraphe 7 de l'article 9.

Article 11

Les ministres des cultes qui, lors de la promulgation de la présente loi, seront âgés de plus de soixante ans révolus et qui auront, pendant trente ans au moins, rempli des fonctions ecclésiastiques rémunérées par l'État, recevront une pension annuelle et viagère égale aux trois quarts de leur traitement.

Ceux qui seront âgés de plus de quarante-cinq ans et qui auront, pendant vingt ans au moins, rempli des fonctions ecclésiastiques rémunérées par l'État recevront une



pension annuelle et viagère égale à la moitié de leur traitement.

Les pensions allouées par les deux paragraphes précédents ne pourront pas dépasser 1 500 francs (15 F).

En cas de décès des titulaires, ces pensions sont réversibles jusqu'à concurrence de la moitié de leur montant au profit de la veuve et des orphelins mineurs laissés par le défunt et, jusqu'à concurrence du quart, au profit de la veuve sans enfants mineurs. À la majorité des orphelins, leur pension s'éteindra de plein droit.

Les ministres des cultes actuellement salariés par l'État, qui ne seront pas dans les conditions ci-dessus, recevront, pendant quatre ans à partir de la suppression du budget des cultes, une allocation égale à la totalité de leur traitement pour la première année, aux deux tiers pour la deuxième à la moitié pour la troisième, au tiers pour la quatrième.

Toutefois, dans les communes de moins de 1 000 habitants et pour les ministres des cultes qui continueront à y remplir leurs fonctions, la durée de chacune des quatre périodes ci-dessus indiquée sera doublée.

Les départements et les communes pourront, sous les mêmes conditions que l'État, accorder aux ministres des cultes actuellement salariés, par eux, des pensions ou des allocations établies sur la même base et pour une égale durée.

Réserve et faite des droits acquis en matière de pensions par application de la législation antérieure, ainsi que des secours accordés, soit aux anciens ministres des différents cultes, soit à leur famille.

Les pensions prévues aux deux premiers paragraphes du présent article ne pourront se cumuler avec toute autre pension ou tout autre traitement alloué, à titre quelconque par l'État les départements ou les communes.

La loi du 27 juin 1885, relative au personnel des facultés de théologie catholique supprimées est applicable aux professeurs, chargés de cours, maîtres de conférences et étudiants des facultés de théologie protestante.

Les pensions et allocation prévues ci-dessus seront incessibles et insaisissables dans les mêmes conditions que les pensions civiles. Elles cesseront de plein droit en cas de condamnation à une peine afflictive ou infamante ou en cas de condamnation pour l'un des délits prévus aux articles 34 et 35 de la présente loi.

Le droit à l'obtention ou à la jouissance d'une pension ou allocation sera suspendu par les circonstances qui font perdre la qualité de Français durant la privation de cette qualité.

Les demandes de pension devront être, sous peine de forclusion, formées dans le délai d'un an après la promulgation de la présente loi.

Titre III : Des édifices des cultes

Article 12

Modifié par Loi 98-546 1998-07-02 art. 94 I JORF 3 juillet 1998.

Les édifices qui ont été mis à la disposition de la nation et qui, en vertu de la loi du 18 germinal an X, servent à l'exercice public des cultes ou au logement de leurs ministres (cathédrales, églises, chapelles, synagogues, archevêchés, évêchés, presbytères, séminaires), ainsi que leur descendance immobilière, et les objets mobiliers qui les garnissaient au moment où lesdits édifices ont été remis aux cultes, sont et demeurent propriétés de l'État, des départements, des communes et des établissements publics de coopération intercommunale ayant pris la compétence en matière d'édifices des cultes.

Pour ces édifices, comme pour ceux postérieurs à la loi du 18 germinal an X, dont l'État, les départements et les communes seraient propriétaires, y compris les facultés de théologie protestante, il sera procédé conformément aux dispositions des articles suivants.

Article 13

Modifié par Loi 98-546 1998-07-02 art. 94 II JORF 3 juillet 1998.

Les édifices servant à l'exercice public du culte, ainsi que les objets mobiliers les garnissant, seront laissés gratuitement à la disposition des établissements publics du culte, puis des associations appelées à les remplacer auxquelles les biens de ces établissements auront été attribués par application des dispositions du titre II.

La cessation de cette jouissance, et, s'il y a lieu, son transfert seront prononcés par décret, sauf recours au Conseil d'État statuant au contentieux :

1° Si l'association bénéficiaire est dissoute :

2° Si, en dehors des cas de force majeure, le culte cesse d'être célébré pendant plus de six mois consécutifs :



3° Si la conservation de l'édifice ou celle des objets mobiliers classés en vertu de la loi de 1887 et de l'article 16 de la présente loi est compromise par insuffisance d'entretien, et après mise en demeure dûment notifiée du conseil municipal ou, à son défaut du préfet :

4° Si l'association cesse de remplir son objet ou si les édifices sont détournés de leur destination ;

5° Si elle ne satisfait pas soit aux obligations de l'article 6 ou du dernier paragraphe du présent article, soit aux prescriptions relatives aux monuments historiques.

La désaffectation et ces immeubles pourra, dans les cas ci-dessus prévus être prononcée par décret rendu en Conseil d'État. En dehors de ces cas, elle ne pourra l'être que par une loi.

Les immeubles autrefois affectés aux cultes et dans lesquels les cérémonies du culte n'auront pas été célébrées pendant le délai d'un an antérieurement à la présente loi, ainsi que ceux qui ne seront pas réclamés par une association cultuelle dans le délai de deux ans après sa promulgation, pourront être désaffectés par décret.

Il en est de même pour les édifices dont la désaffectation aura été demandée antérieurement au 1^{er} juin 1905.

Les établissements publics du culte, puis les associations bénéficiaires, seront tenus des réparations de toute nature, ainsi que des frais d'assurance et autres charges afférentes aux édifices et aux meubles les garnissant.

L'État, les départements, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale pourront engager les dépenses nécessaires pour l'entretien et la conservation des édifices du culte dont la propriété leur est reconnue par la présente loi.

Article 14

Modifié par Loi 1908-04-13 JORF 14 avril 1908.

Les archevêchés, évêchés, les presbytères et leurs dépendances, les grands séminaires et facultés de théologie protestante seront laissés gratuitement à la disposition des établissements publics du culte, puis des associations prévues à l'article 13, savoir : les archevêchés, et évêchés pendant une période de deux années ; les presbytères dans les communes où résidera le ministre du culte, les grands séminaires et facultés de théologie protestante, pendant cinq années à partir de la promulgation de la présente loi.

Les établissements et associations sont soumis, en ce qui concerne ces édifices, aux obligations prévues par le dernier paragraphe de l'article 13. Toutefois, ils ne seront pas tenus des grosses réparations.

La cessation de la jouissance des établissements et associations sera prononcée dans les conditions et suivant les formes déterminées par l'article 13. Les dispositions des paragraphes 3 et 5 du même article sont applicables aux édifices visés par le paragraphe 1^{er} du présent article.

La distraction des parties superflues des presbytères laissés à la disposition des associations cultuelles pourra, pendant le délai prévu au paragraphe 1^{er}, être prononcée pour un service public par décret rendu en Conseil d'État.

À l'expiration des délais de jouissance gratuite, la libre disposition des édifices sera rendue à l'État, aux départements ou aux communes.

Ceux de ces immeubles qui appartiennent à l'État pourront être, par décret, affectés ou concédés gratuitement, dans les formes prévues à l'ordonnance du 14 juin 1833, soit à des services publics de l'État, soit à des services publics départementaux ou communaux.

Les indemnités de logement incombant actuellement aux communes, à défaut de presbytère, par application de l'article 136 de la loi du 5 avril 1884, resteront à leur charge pendant le délai de cinq ans. Elles cesseront de plein droit en cas de dissolution de l'association.

Article 15

Dans les départements de la Savoie, de la Haute-Savoie et des Alpes-Maritimes, la jouissance des édifices antérieurs à la loi du 18 germinal an X, servant à l'exercice des cultes ou au logement de leurs ministres, sera attribuée par les communes sur le territoire desquelles ils se trouvent, aux associations cultuelles, dans les conditions indiquées par les articles 12 et suivants de la présente loi. En dehors de ces obligations, les communes pourront disposer librement de la propriété de ces édifices.

Dans ces mêmes départements, les cimetières resteront la propriété des communes.

Article 16

Il sera procédé à un classement complémentaire des édifices servant à l'exercice public du culte (cathédrales, églises, chapelles,



temples, synagogues, archevêchés, évêchés, presbytères, séminaires), dans lequel devront être compris tous ceux de ces édifices représentant, dans leur ensemble ou dans leurs parties, une valeur artistique ou historique.

Les objets mobiliers ou les immeubles par destination mentionnés à l'article 13, qui n'auraient pas encore été inscrits sur la liste de classement dressée en vertu de la loi du 30 mars 1887, sont, par l'effet de la présente loi, ajoutés à ladite liste. Il sera procédé par le ministre compétent, dans le délai de trois ans, au classement définitif de ceux de ces objets dont la conservation présenterait, au point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt suffisant. À l'expiration de ce délai, les autres objets seront déclassés de plein droit.

En outre, les immeubles et les objets mobiliers, attribués en vertu de la présente loi aux associations, pourront être classés dans les mêmes conditions que s'ils appartenaient à des établissements publics.

Il n'est pas dérogé, pour le surplus, aux dispositions de la loi du 30 mars 1887.

Les archives ecclésiastiques et bibliothèques existant dans les archevêchés, évêchés, grands séminaires, paroisses, succursales et leurs dépendances, seront inventoriées et celles qui seront reconnues propriété de l'État lui seront restituées.

Article 17

Modifié par Loi 1913-12-31 JORF 4 janvier 1914.

Les immeubles par destination classés en vertu de la loi du 30 mars 1887 ou de la présente loi sont inaliénables et imprescriptibles.

Dans le cas où la vente ou l'échange d'un objet classé serait autorisé par le ministre compétent, un droit de préemption est accordé : 1° aux associations cultuelles ; 2° aux communes ; 3° aux départements ; 4° aux musées et sociétés d'art et d'archéologie ; 5° à l'État. Le prix sera fixé par trois experts que désigneront le vendeur, l'acquéreur et le président du tribunal de grande instance.

Si aucun des acquéreurs visés ci-dessus ne fait usage du droit de préemption la vente sera libre ; mais il est interdit à l'acheteur d'un objet classé de le transporter hors de France.

La visite des édifices et l'exposition des objets mobiliers classés seront publiques : elles ne pourront donner lieu à aucune taxe ni redevance.

Titre IV : Des associations pour l'exercice des cultes

Article 18

Les associations formées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte devront être constituées conformément aux articles 5 et suivants du titre I^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901. Elles seront, en outre, soumises aux prescriptions de la présente loi.

Article 19

Modifié par Décret 66-388 1966-06-13 art. 8, JORF 17 juin 1966.

Ces associations devront avoir exclusivement pour objet l'exercice d'un culte et être composés au moins :

Dans les communes de moins de 1 000 habitants, de sept personnes ;

Dans les communes de 1 000 à 20 000 habitants, de quinze personnes ;

Dans les communes dont le nombre des habitants est supérieur à 20 000, de vingt-cinq personnes majeures, domiciliées ou résidant dans la circonscription religieuse.

Chacun de leurs membres pourra s'en retirer en tout temps, après paiement des cotisations échues et de celles de l'année courante, nonobstant toute clause contraire.

Nonobstant toute clause contraire des statuts, les actes de gestion financière et d'administration légale des biens accomplis par les directeurs ou administrateurs seront, chaque année au moins présentés au contrôle de l'assemblée générale des membres de l'association et soumis à son approbation.

Les associations pourront recevoir, en outre, des cotisations prévues par l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901, le produit des quêtes et collectes pour les frais du culte, percevoir des rétributions : pour les cérémonies et services religieux même par fondation ; pour la location des bancs et sièges ; pour la fourniture des objets destinés au service des funérailles dans les édifices religieux et à la décoration de ces édifices.

Les associations cultuelles pourront recevoir, dans les conditions déterminées par les articles 7 et 8 de la loi des 4 février 1901-8 juillet 1941, relative à la tutelle administrative en matière de dons et legs, les libéralités testamentaires et entre vifs destinées à l'accomplissement de leur objet ou grevées de charges pieuses ou cultuelles.



Elles pourront verser, sans donner lieu à perception de droits, le surplus de leurs recettes à d'autres associations constituées pour le même objet.

Elles ne pourront, sous quelque forme que ce soit, recevoir des subventions de l'État, des départements et des communes. Ne sont pas considérées comme subventions les sommes allouées pour réparations aux édifices affectés au culte public, qu'ils soient ou non classés monuments historiques.

Article 20

Ces associations peuvent, dans les formes déterminées par l'article 7 du décret du 16 août 1901, constituer des unions ayant une administration ou une direction centrale ; ces unions seront réglées par l'article 18 et par les cinq derniers paragraphes de l'article 19 de la présente loi.

Article 21

Les associations et les unions tiennent un état de leurs recettes et de leurs dépenses ; elles dressent chaque année le compte financier de l'année écoulée et l'état inventorié de leurs biens, meubles et immeubles.

Le contrôle financier est exercé sur les associations et sur les unions par l'administration de l'enregistrement et par l'inspection générale des finances.

Article 22

Les associations et unions peuvent employer leurs ressources disponibles à la constitution d'un fonds de réserve suffisant pour assurer les frais et l'entretien du culte et ne pouvant, en aucun cas, recevoir une autre destination : le montant de cette réserve ne pourra jamais dépasser une somme égale, pour les unions et associations ayant plus de cinq mille francs (50 F) de revenu, à trois fois et, pour les autres associations, à six fois la moyenne annuelle des sommes dépensées par chacune d'entre elles pour les frais du culte pendant les cinq derniers exercices.

Indépendamment de cette réserve, qui devra être placée en valeurs nominatives, elles pourront constituer une réserve spéciale dont les fonds devront être déposés, en argent ou en titres nominatifs, à la Caisse des dépôts et consignations pour y être exclusivement affectés, y compris les intérêts, à l'achat, à la construction, à la décoration ou à la réparation d'immeubles ou meubles destinés aux besoins de l'association ou de l'union.

Article 23

Seront punis d'une amende de seize francs (0,16 F) à deux cents francs (2 F), et, en cas de récidive, d'une amende double, les directeurs ou administrateurs d'une association ou d'une union qui auront contrevenu aux articles 18, 19, 20, 21 et 22.

Les tribunaux pourront, dans le cas d'infraction au paragraphe 1^{er} de l'article 22, condamner l'association ou l'union à verser l'excédent constaté aux établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance.

Ils pourront, en outre, dans tous les cas prévus au paragraphe 1^{er} du présent article, prononcer la dissolution de l'association ou de l'union.

Article 24

Les édifices affectés à l'exercice du culte appartenant à l'État, aux départements ou aux communes continueront à être exemptés de l'impôt foncier et de l'impôt des portes et fenêtres.

Les édifices servant au logement des ministres des cultes, les séminaires, les facultés de théologie protestante qui appartiennent à l'État, aux départements ou aux communes, les biens qui sont la propriété des associations et unions sont soumis aux mêmes impôts que ceux des particuliers.

Toutefois, les édifices affectés à l'exercice du culte qui ont été attribués aux associations ou unions en vertu des dispositions de l'article 4 de la présente loi sont, au même titre que ceux qui, appartiennent à l'État, aux départements et aux communes, exonérés de l'impôt foncier et de l'impôt des portes et fenêtres.

Les associations et unions ne sont en aucun cas assujetties à la taxe d'abonnement ni à celle imposée aux cercles par l'article 33 de la loi du 8 août 1890, pas plus qu'à l'impôt de 4 % sur le revenu établi par les lois du 28 décembre 1880 et 29 décembre 1884.

Titre V : Police des cultes

Article 25

Les réunions pour la célébration d'un culte tenues dans les locaux appartenant à une association culturelle ou mis à sa disposition sont publiques. Elles sont dispensées des formalités de l'article 8 de la loi du 30 juin 1881, mais restent placées sous la surveillance des autorités dans l'intérêt de l'ordre public.



Article 26

Il est interdit de tenir des réunions politiques dans les locaux servant habituellement à l'exercice d'un culte.

Article 27

Les cérémonies, processions et autres manifestations extérieures d'un culte, sont réglées en conformité de l'article 97 du Code de l'administration communale.

Les sonneries des cloches seront réglées par arrêté municipal, et, en cas de désaccord entre le maire et le président ou directeur de l'association culturelle, par arrêté préfectoral.

Le règlement d'administration publique prévu par l'article 43 de la présente loi déterminera les conditions et les cas dans lesquels les sonneries civiles pourront avoir lieu.

Article 28

Il est interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions.

Article 29

Les contraventions aux articles précédents sont punies des peines de police.

Sont passibles de ces peines, dans le cas des articles 25, 26 et 27, ceux qui ont organisé la réunion ou manifestation, ceux qui y ont participé en qualité de ministres du culte et, dans le cas des articles 25 et 26, ceux qui ont fourni le local.

Article 30

Abrogé par Ordonnance 2000-549 2000-06-15 art. 7 JORF 22 juin 2000.

Article 31

Sont punis de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe et d'un emprisonnement de six jours à deux mois ou de l'une de ces deux peines seulement ceux qui, soit par voies de fait, violences ou 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, l'auront déterminé à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte, à faire partie ou à cesser de faire partie d'une association culturelle, à contribuer ou à s'abstenir de contribuer aux frais d'un culte.

Article 32

Seront punis des mêmes peines ceux qui auront empêché, retardé ou interrompu les exercices d'un culte par des troubles ou désordres causés dans le local servant à ces exercices.

Article 33

Les dispositions des deux articles précédents ne s'appliquent qu'aux troubles, outrages ou voies de fait, dont la nature ou les circonstances ne donneront pas lieu à de plus fortes peines d'après les dispositions du Code pénal.

Article 34

Tout ministre d'un culte qui, dans les lieux où s'exerce ce culte, aura publiquement par des discours prononcés, des lectures faites, des écrits distribués ou des affiches apposées, outragé ou diffamé un citoyen chargé d'un service public, sera puni d'une amende de 25 000 F. et d'un emprisonnement d'un an, ou de l'une de ces deux peines seulement.

La vérité du fait diffamatoire, mais seulement s'il est relatif aux fonctions, pourra être établie devant le tribunal correctionnel dans les formes prévues par l'article 52 de la loi du 29 juillet 1881. Les prescriptions édictées par l'article 65 de la même loi s'appliquent aux délits du présent article et de l'article qui suit.

Article 35

Si un discours prononcé ou un écrit affiché ou distribué publiquement dans les lieux où s'exerce le culte, contient une provocation directe à résister à l'exécution des lois ou aux actes légaux de l'autorité publique, ou s'il tend à soulever ou à armer une partie des citoyens contre les autres, le ministre du culte qui s'en sera rendu coupable sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, sans préjudice des peines de la complicité, dans le cas où la provocation aurait été suivie d'une sédition, révolte ou guerre civile.

Article 36

Dans le cas de condamnation par les tribunaux de police ou de police correctionnelle en application des articles 25 et 26, 34 et 35, l'association constituée pour l'exercice du culte dans l'immeuble où l'infraction a été commise sera civilement responsable.



Titre VI : Dispositions générales

Article 37

L'article 463 du Code pénal et la loi du 26 mars 1891 sont applicables à tous les cas dans lesquels la présente loi édicte des pénalités.

Article 38

Les congrégations religieuses demeurent soumises aux lois des 1^{er} juillet 1901, 4 décembre 1902 et 7 juillet 1904.

Article 39

Les jeunes gens, qui ont obtenu à titre d'élèves ecclésiastiques la dispense prévue par l'article 23 de la loi du 15 juillet 1889, continueront à en bénéficier conformément à l'article 99 de la loi du 21 mars 1905, à la condition qu'à l'âge de vingt-six ans ils soient pourvus d'un emploi de ministre du culte rétribué par une association culturelle et sous réserve des justifications qui seront fixées par un règlement d'administration publique.

Article 40

Pendant huit années à partir de la promulgation de la présente loi, les ministres du culte seront inéligibles au conseil municipal dans les communes où ils exerceront leur ministère ecclésiastique.

Article 41

Abrogé par Décret-loi 1934-04-04 JORF 5 avril 1934 en vigueur le 1^{er} janvier 1935.

Article 42

Abrogé par Loi 73-4 1973-01-02 art. 2 JORF 3 janvier 1973.

Article 43

Un règlement d'administration publique rendu dans les trois mois qui suivront la promulgation de la présente loi déterminera les mesures propres à assurer son application. Des règlements d'administration publique détermineront les conditions dans lesquelles la présente loi sera applicable en Algérie et aux colonies.

© Direction des *Journaux officiels*.



Annexe 2

Avis des formations administratives du Conseil d'État

■ Assemblée générale – Avis n° 145.641 – 25 et 31 octobre 1906

Le Conseil d'État, consulté par le Ministre de l'Instruction publique, des Beaux-Arts et des cultes sur la question suivante :

« Des réunions cultuelles publiques organisées sur des initiatives individuelles, en dehors de toute espèce d'association, même de fait, peuvent-elles se tenir dans les conditions prévues par la loi du 30 juin 1881 sur le droit de réunion ? »

Vu la loi du 9 décembre 1905, concernant la séparation des Églises et de l'État, notamment les articles 1, 18, 25 et 44 ;

Vu la loi du 30 juin 1881 sur la liberté des réunions ;

Considérant que l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 porte : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public » ; que le principe de la liberté des cultes ainsi posé s'applique aussi bien aux individus qu'aux collectivités, sous la réserve, pour celles-ci de se constituer en associations cultuelles ;

Considérant que, conformément à ce principe, l'article 44 a abrogé intégralement, dans l'intérêt des individus comme dans celui des associations cultuelles, l'article 294 du Code pénal, d'après lequel il était interdit d'accorder ou de consentir l'usage de sa maison ou de son appartement pour l'exercice d'un culte sans la permission de l'autorité municipale ;

Considérant, d'autre part, que l'article 25 n'a pas une portée moins générale ; qu'en effet, en accordant un régime de faveur par la dispense de certaines formalités prescrites par la loi du 30 juin 1881 aux « réunions pour la célébration d'un culte, tenues dans les locaux appartenant à une association cultuelle ou mis à sa disposition », cet article implique nécessairement que les autres réunions publiques cultuelles sont placées sous le régime du droit commun établi par ladite loi ;

Que d'ailleurs la volonté du législateur d'assimiler toutes réunions pour la célébration d'un culte aux réunions régies par la loi du 30 juin 1881 ressort avec évidence des travaux préparatoires de la loi du 9 décembre 1905 ; qu'elle était expressément formulée dans le premier texte élaboré par la Commission de la Chambre des Députés et inséré dans le rapport présenté en son nom le 4 mars 1905 ; que si cette rédaction a été modifiée, c'est uniquement en vue de



soustraire à l'observation des formalités imposées par la loi de 1881 les réunions privées ;

Considérant dès lors, que la loi du 9 décembre 1905 ne met aucun obstacle à ce que des individus, agissant en dehors de toute espèce d'association, organisent des réunions publiques culturelles dans les conditions du droit commun, tel qu'il résulte de la loi de 1881 ;

EST D'AVIS :

De répondre affirmativement à la question posée par le Ministre.

**■ Sections réunies de la Législation, de la Justice
et des Affaires étrangères et de l'Intérieur, de l'Instruction
publique et des Beaux-Arts – Avis n° 185.707 – 13 décembre 1923**

Les Sections réunies de la Législation, de la Justice, etc., de l'Intérieur, de l'Instruction publique et des Beaux-Arts du Conseil d'État qui, sur le renvoi ordonné par M. Le Président du Conseil, Ministre des Affaires Étrangères ont pris connaissance d'une demande d'avis sur la question de savoir si les dispositions du projet de statuts d'associations culturelles diocésaines pour le culte catholique, soumis à l'examen du Gouvernement de la République par S.E. le Nonce Apostolique, ne renferme rien qui soit contraire à la législation française en la matière ;

Vu l'article 1134 du Code Civil ;

Vu la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ;

Vu la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, ensemble le règlement d'administration publique du 16 mars 1906 ;

Vu la loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes ;

Vu le projet de statuts présenté ;

Vu les autres pièces produites et jointes au dossier ;

Considérant que les Associations pour l'exercice des cultes doivent observer les prescriptions de la législation relative aux associations en général et qu'en outre d'après les textes spéciaux qui les régissent elles doivent avoir pour objet exclusif de subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte ; qu'elles doivent se conformer aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice et suivre les dispositions de ces textes relatives à la composition ainsi qu'au fonctionnement de ces Associations, notamment en ce qui concerne la gestion financière et l'administration des biens ; qu'aucune desdites dispositions n'interdit aux Associations pour l'exercice des cultes de fixer elles-mêmes l'étendue de leur circonscription ;

Considérant que de l'examen des différents articles du projet de statuts présenté, il résulte que les associations qui seraient régies par ces statuts seraient conformes aux dispositions générales de la loi française ; qu'elles auraient pour objet exclusif de subvenir aux frais et à l'entretien du culte catholique ; qu'elles se conformeraient à la constitution de l'Église catholique et qu'elles ne seraient contraires à aucune des autres dispositions spéciales ci-dessus rappelées ;



SONT D'AVIS :

Que le projet de statuts présenté est conforme à la loi.

**■ Sections réunies de la Législation, de la Justice
et des Affaires étrangères et de l'Intérieur, de l'Instruction
publique et des Beaux-Arts – Avis n° 188.150 – 24 janvier 1925**

Les Sections réunies de Législation, de la Justice et des Affaires Étrangères et de l'Intérieur, de l'Instruction publique et des Beaux-Arts du Conseil d'État consultées par le Président du Conseil, Ministre des Affaires Étrangères, sur la question de savoir quel est le régime applicable au culte catholique dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle ;

Vu la loi du 17 octobre 1919, relative au régime transitoire de l'Alsace et de la Lorraine ;

Vu l'article 7 de la loi du 1^{er} juin 1924, mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ;

Considérant que la loi du 18 germinal an X, qui régissait en France le culte catholique lors de l'annexion de l'Alsace et de la Lorraine à l'empire allemand, est restée en vigueur dans les territoires annexés, conformément à la loi allemande du 9 juin 1871, maintenant, dans ces territoires, la législation française, à l'exception des dispositions d'ordre constitutionnel ; qu'elle y était applicable à l'époque de la réintégration de l'Alsace et de la Lorraine dans l'unité française ; que, d'après l'article 3 de la loi susvisée du 17 octobre 1919, jusqu'à ce qu'il y ait été procédé à l'introduction des lois françaises, dans les conditions prévues par l'article 4 de la même loi, les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle demeurent régis par les dispositions législatives et réglementaires qui y étaient en vigueur au jour de sa promulgation ; qu'en vertu de l'article 7 de la loi du 1^{er} juin 1924, la législation locale des cultes doit continuer à y être appliquée et qu'aucun des textes réglant le régime des cultes dans les autres départements n'a été jusqu'ici introduit dans le Haut-Rhin, le Bas – Rhin et la Moselle ;

Considérant que la convention passée le 26 messidor an IX entre le Gouvernement français et le pape a été rendue exécutoire comme loi de la République par la loi du 18 germinal an X ; qu'elle y est incorporée, ainsi que les articles organiques du culte catholique avec lesquels, en vertu même de ladite loi, elle forme un ensemble indivisible ; qu'il résulte des pièces jointes au dossier, d'une part, que, pendant la période d'annexion de l'Alsace et de la Lorraine à l'Allemagne, les dispositions de cette convention ont continué à être appliquées, du consentement mutuel du Saint-Siège et de l'Allemagne ; d'une part, qu'après la réincorporation de l'Alsace et de la Lorraine à la France, le Gouvernement français et le Saint-Siège ont été d'accord pour maintenir en vigueur ladite convention et pour exécuter les obligations réciproques et corrélatives qu'elle leur imposait ;

EST D'AVIS :

Que le régime concordataire, tel qu'il résulte de la loi du 18 germinal an X, est en vigueur dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle.



■ Commission représentant les Sections de l'intérieur, des finances, des travaux publics, la Section sociale et la Section du contentieux – Avis – 27 août 1948

Le Conseil d'État (Commission représentant les Sections de l'intérieur, des finances, des travaux publics, la Section sociale et la Section du contentieux), saisi par le ministère du Travail et de la Sécurité sociale de la question de savoir si les dispositions du décret du 31 décembre 1946 relatif à l'institution d'un régime de sécurité sociale pour les fonctionnaires peuvent être appliquées aux fonctionnaires et aux magistrats du cadre local d'Alsace et de Lorraine, aux titulaires de ces emplois admis à la retraite et à leurs veuves ;

Considérant qu'aux termes de son article 1^{er}, la loi du 19 octobre 1946, relative au statut général des fonctionnaires, s'applique aux personnes qui, nommées dans un cadre permanent, ont été titularisées dans un grade de la hiérarchie des cadres d'une administration centrale de l'État, des services extérieurs en dépendant ou des établissements publics de l'État, qu'à défaut de toute disposition contraire cette définition englobe les fonctionnaires du cadre local d'Alsace et de Lorraine dont les règles particulières touchant la discipline, la mutation et l'avancement de classe et de grade, expressément garanties à l'article 141 de la loi du 19 octobre 1946, pourront être insérées dans les statuts particuliers concernant ces fonctionnaires ;

Considérant qu'aux termes de son article 1^{er}, le décret du 31 décembre 1946 précité est applicable aux fonctionnaires en activité soumis au statut général, qu'en conséquence le bénéfice des dispositions de ce décret s'étend aux fonctionnaires du cadre local d'Alsace et de Lorraine, sans que l'entrée en jouissance des intéressés doive être subordonnée à l'intervention des statuts particuliers les concernant ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} du décret du 31 décembre 1946 précité, les dispositions de ce décret sont applicables aux magistrats de l'ordre judiciaire, et qu'en conséquence elles doivent être réputées s'étendre aux magistrats du cadre local d'Alsace et de Lorraine ;

Considérant que les ministres du culte en exercice en Alsace et en Lorraine, régis par la loi du 18 germinal an X et la loi locale du 15 novembre 1909, et jouissant, aux termes de cette dernière loi, d'un statut qui se réfère en général aux dispositions du statut local des fonctionnaires d'Alsace et de Lorraine, n'ont pas toutefois la qualité de fonctionnaires au sens de l'article 1^{er} de la loi du 19 octobre 1946, et qu'en l'état actuel de la législation les dispositions du décret du 31 décembre 1946 ne peuvent leur être applicables ;

Considérant que les motifs ci-dessus développés conduisent à attribuer aux fonctionnaires et aux magistrats retraités du cadre local ou à leurs veuves les avantages consentis à ces catégories d'intéressés par le décret du 31 décembre 1946 ;

EST D'AVIS :

Qu'il y a lieu de répondre à la question posée dans le sens des observations qui précèdent.



**■ Sections réunies des Finances et de l'Intérieur – Avis n° 281.012
– 15 mai 1962**

Le Conseil d'État (Sections réunies des Finances et de l'Intérieur), consulté par le Ministre des Finances et des Affaires Économiques sur le point de savoir si :

1°) Le fait d'admettre en déduction pour l'assiette de l'impôt sur le revenu des personnes physiques ou de l'impôt sur les sociétés, les subventions à des œuvres ou associations religieuses – les dons à des personnes physiques étant, en toute hypothèse, exclus – peut être regardé comme une subvention au sens de la loi du 9 décembre 1905 ;

2°) Au cas où la réponse à cette première question serait négative, quel devrait être l'objet de ces œuvres ou associations pour que les conditions posées par l'article 238 bis du Code Général des Impôts puissent être regardées comme remplies ;

Vu les observations du Ministre de l'Intérieur ;

Vu la loi du 9 décembre 1905 modifiée par la loi du 25 décembre 1942 ;

Vu l'article 238 bis du Code Général des Impôts ;

Vu les articles 1231, 10°, 1373, 2° et 1383, 3° de ce même Code ;

Considérant que la loi du 9 décembre 1905 dispose dans son article 2 que la République ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte, et dans son article 19, modifié par la loi du 25 décembre 1942, que les associations cultuelles ne pourront, sous quelque forme que ce soit, recevoir des subventions de l'État, des départements et des communes ; que ne sont pas regardées comme subventions les sommes allouées pour réparations aux édifices affectés au culte public, qu'ils soient ou non classés monuments historiques ;

Considérant que l'article 238 bis du Code Général des Impôts dispose que les entreprises assujetties à l'impôt sur le revenu des personnes physiques ou à l'impôt sur les sociétés sont autorisées à déduire du montant de leur bénéfice imposable, dans la limite de 1 pour 1/1000 de leur chiffre d'affaires, les versements qu'elles ont effectués au profit d'œuvres ou d'organismes d'intérêt général, de caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social ou familial ; que pour les autres contribuables la déduction est admise dans la limite de 0,50 % du revenu imposable ; que les dispositions de cet article s'appliqueront aux sommes versées à compter du 1^{er} janvier 1954 ;

Sur la première question :

Considérant que les déductions du bénéfice ou revenu imposable et les réductions d'impôt corrélatives autorisées par l'article 238 bis précité du Code Général sont accordées à des contribuables qui ont fait profiter de leurs libéralités les œuvres ou organismes prévus par cet article ; que ces déductions et réductions, si elles peuvent inciter les contribuables dont s'agit à développer leur générosité en faveur d'œuvres ou organismes qui tout en présentant un caractère cultuel rentrent dans les catégories énumérées par ledit article 238 bis, ne constituent pas les subventions qui sont interdites à l'État, aux départements et aux communes par l'article 2 de la loi susvisée du 9 décembre 1905 ;



Considérant d'ailleurs que sans doute le régime fiscal ainsi établi peut procurer indirectement un avantage à des œuvres ou organismes possédant un certain caractère cultuel, dans la mesure où ces œuvres ou organismes seraient couverts par l'article 238 bis ; mais que le législateur lui-même a estimé que les exemptions d'impôt allouées directement par l'État aux associations culturelles, en vertu de l'article 10 de la loi du 25 décembre 1905 et des articles 1231, 10°, 1373, 2° et 1383, 3° du Code Général ne tombent pas sous le coup de la prohibition des subventions édictée par cette loi de 1905 ;

Sur la deuxième question :

Considérant que pour bénéficier de l'article 238 bis précité du Code Général, les œuvres ou organismes qui reçoivent des versements doivent répondre à l'intérêt général et présenter un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social ou familial ; que des œuvres ou organismes confessionnels peuvent satisfaire à ces critères ; que, en revanche d'après l'énumération des caractères successivement énoncés par cet article 238 bis, doivent être regardés comme privés des avantages de la déduction les œuvres ou organismes ayant exclusivement un aspect cultuel ;

Considérant que les œuvres ou organismes tels que les associations culturelles, les associations diocésaines et diverses sociétés civiles, en répondant à un intérêt général, peuvent présenter nettement en raison des activités qu'ils exercent un caractère philanthropique, éducatif ou social ; qu'ils rentrent ainsi dans le champ d'application de l'article 238 bis ;

Considérant que ces œuvres ou organismes, lorsqu'ils pourvoient à la construction ou à l'entretien d'édifices qui servent au culte, doivent, en raison des préceptes qui sont formulés dans ces édifices, des mouvements d'entraide que l'on y détermine et des rassemblements qui y sont provoqués, être regardés comme possédant un caractère philanthropique, éducatif ou social ; que par suite les versements faits à ces œuvres ou organismes avec affectation spéciale aux édifices ouverts au public, peuvent être déduits en vertu de l'article 238 bis ;

Considérant au contraire que les versements opérés pour assurer l'entretien des ministres du culte et pour faire face d'une manière générale aux dépenses entraînées par l'exercice du culte ne sauraient être compris dans la déduction instituée comme il a été dit ci-dessus.

EST D'AVIS :

De répondre aux questions posées dans le sens des observations qui précèdent.

■ Assemblée générale – Avis n° 309.354 – 21 septembre 1972

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'Éducation nationale de la question de savoir si un professeur certifié de l'enseignement public du second degré qui, se trouvant en position de disponibilité, a embrassé l'état ecclésiastique, peut obtenir à nouveau un poste dans l'enseignement public ;

Vu la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; la Constitution du 4 octobre 1958 ; la loi du 18 mars 1850 sur l'enseignement ; la loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire et notamment son article 17 ;



l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires ; la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 sur les rapports entre l'État et les établissements d'enseignement privés, ensemble les décrets n° 60-388 et 60-389 du 22 avril 1960 pris pour son application ;

Considérant que l'autorité publique, alors même qu'elle est en droit de refuser l'accès à la fonction publique ou l'intégration dans les cadres de l'administration à des candidats dont l'exclusion est justifiée par l'intérêt du service, ne peut légalement, en dehors de toute procédure disciplinaire ou d'un abandon de poste, mettre fin aux fonctions d'un fonctionnaire titulaire ou lui refuser un emploi correspondant à sa qualification s'il n'est pas établi que cet agent se trouve dans une situation incompatible avec la poursuite de son activité ;

Considérant que contrairement à ce qui a été décidé par l'article 17 de la loi du 30 octobre 1886 en ce qui concerne l'enseignement du premier degré, aucun texte législatif n'écarte les personnels non laïcs des fonctions de l'enseignement du second degré ; que si les dispositions constitutionnelles qui ont établi la laïcité de l'État et celle de l'enseignement imposent la neutralité de l'ensemble des services publics et en particulier la neutralité du service de l'enseignement à l'égard de toutes les religions, elles ne mettent pas obstacle par elles-mêmes à ce que des fonctions de ces services soient confiées à des membres du clergé ; que, par suite, et en admettant même que sa qualité, s'il l'avait acquise avant sa nomination, eût pu permettre de lui refuser l'accès à certaines fonctions d'enseignement, un professeur titulaire de l'enseignement du second degré ne peut légalement être écarté de ses fonctions par le motif qu'il aurait embrassé l'état ecclésiastique ;

EST D'AVIS :

Qu'il y a lieu de répondre à la question posée dans le sens des observations qui précèdent.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 346.040 – 14 novembre 1989

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur) saisi par le ministre de l'intérieur de la question de savoir si la qualification d'association cultuelle doit être réservée aux associations dont l'activité principale est limitée à l'acquisition, la location, l'aménagement et l'entretien de locaux destinés à l'exercice public du culte ainsi qu'à la rémunération des personnes assurant la charge de ministre du culte et si, par voie de conséquence, les groupements religieux ne peuvent revendiquer, dès lors que leur objet statutaire ne se limite pas, pour l'essentiel, à ces seules activités, que le statut des congrégations, défini par le titre III de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ou celui des associations régies par le titre I^{er} de cette loi, à l'exclusion, dans tous les cas, du statut des associations cultuelles organisé par le titre IV de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État ;

Vu l'article 238 *bis* du Code général des impôts ; la loi du 1^{er} juillet 1901 modifiée relative au contrat d'association ; la loi du 9 décembre 1905 modifiée concernant la séparation des Églises et de l'État ; la loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes ; le décret du 16 août 1901 modifié pris pour l'exécution de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ; le décret du 17 mars 1906 modifié pris pour l'exécution de la loi du



9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État ; le décret n° 66-388 du 13 juin 1966 modifié relatif à la tutelle administrative des associations, fondations et congrégations.

Est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations qui suivent :

Aucun groupement, quel que soit son objet, ne dispose du droit de choisir arbitrairement le régime juridique qui lui est applicable, alors même que le statut dont il revendique l'application relève d'une simple déclaration à l'autorité administrative ; il doit prendre la forme juridique qui répond à l'objet et à la nature de l'activité qu'il mène sur la base de ses statuts ; son choix qui, dans un régime de déclaration, n'est soumis au contrôle de l'Administration qu'au moment où il sollicite l'autorisation d'accepter une libéralité entre vifs ou testamentaire ou lorsqu'il revendique le bénéfice des dispositions de l'article 238 *bis* du Code général des impôts, est contrôlé par le juge qui, lorsqu'il est saisi, se prononce, dans chaque cas, sur sa nature juridique.

Aux termes des dispositions de l'article 18 de la loi susvisée du 9 décembre 1905 : « les associations formées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte devront être constituées conformément aux dispositions des articles 5 et suivants du titre I^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 » ; elles constituent ainsi une forme particulière d'associations déclarées ; en revanche, les congrégations religieuses régies par le titre III de la loi du 1^{er} juillet 1901, dont la capacité juridique est subordonnée à la reconnaissance légale, relèvent d'un régime dérogatoire et échappent aux règles posées par le titre I^{er} de cette loi.

Il résulte de ce qui précède que tout groupement de personnes qui réunit un ensemble d'éléments de nature à caractériser une congrégation, tels que la soumission à des vœux et une vie en commun selon une règle approuvée par une autorité religieuse, ne peut que se placer sous le régime de la congrégation religieuse défini par le titre III de la loi du 1^{er} juillet 1901, et non sous le régime des associations régies par le titre I^{er} de cette loi.

Dans le cas où un groupement religieux constitué sous forme d'association, conformément aux dispositions des articles 5 et suivants de la loi du 1^{er} juillet 1901, revendique le statut d'association cultuelle, il doit, conformément aux dispositions de l'article 19 de cette loi, mener des activités ayant « exclusivement pour objet l'exercice d'un culte », telles que l'acquisition, la location, la construction, l'aménagement et l'entretien des édifices servant au culte ainsi que l'entretien et la formation des ministres et autres personnes concourant à l'exercice du culte. La poursuite par une association qui s'est déclarée comme association cultuelle, d'activités n'ayant pas un tel objet, est de nature à l'exclure du bénéfice des dispositions du titre IV de la loi du 9 décembre 1905.

■ Assemblée générale – Avis n° 346.893 – 27 novembre 1989

Le Conseil d'État saisi par le ministre d'État, ministre de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports, de la question de savoir :

1° Si, compte tenu des principes posés par la Constitution et les lois de la République et eu égard à l'ensemble des règles d'organisation et de fonction-



nement de l'école publique, le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse est ou non compatible avec le principe de laïcité ;

2° En cas de réponse affirmative, à quelles conditions des instructions du ministre, des dispositions du règlement intérieur des écoles, collèges et lycées, des décisions des directeurs d'école et chefs d'établissement pourraient l'admettre ;

3° Si l'inobservation d'une interdiction du port de tels signes ou des conditions prescrites pour celui-ci justifieraient le refus d'accueil dans l'établissement d'un nouvel élève, le refus d'accès opposé à un élève régulièrement inscrit, l'exclusion définitive de l'établissement ou du service public de l'éducation, et quelles procédures et quelles garanties devraient alors être mises en œuvre ;

Vu la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; la Constitution du 4 octobre 1958 ; la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement du 15 décembre 1960 ; le pacte international relatif aux droits civils et politiques ouvert à la signature à New York le 19 décembre 1966 ; le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ouvert à la signature à New York le 19 décembre 1966 ; la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire ; la loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire et notamment son article 17 ; la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État ; l'ordonnance n° 59-45 du 6 janvier 1959 portant prolongation de la scolarité obligatoire jusqu'à l'âge de 16 ans ; la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 sur les rapports entre l'État et les établissements d'enseignement privés ; la loi n° 75-620 du 11 juillet 1975 relative à l'éducation ; la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 portant répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales ; la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation ; la loi n° 89-548 du 2 août 1989 relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France ; le décret n° 76-1301 du 28 décembre 1976 modifié relatif à l'organisation de la formation dans les écoles maternelles et élémentaires ; le décret n° 85-895 du 21 août 1985 relatif aux conseils de l'éducation nationale dans les départements et les académies ; le décret n° 85-924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement ; le décret n° 85-1284 du 28 novembre 1985 relatif aux conseils de l'éducation nationale dans les régions et départements d'outremer ; le décret n° 85-1348 du 18 décembre 1985 relatif aux procédures disciplinaires dans les collèges, les lycées et les établissements d'éducation spéciale ; le décret n° 86-164 du 31 janvier 1986 portant organisation administrative et financière des établissements d'enseignement dont la responsabilité et la charge incombent entièrement à l'État et portant dispositions diverses applicables aux établissements de second degré municipaux et départementaux ; le décret n° 89-122 du 24 février 1989 relatif aux directeurs d'école.



Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations ci-après :

I. – Le principe de laïcité trouve l'une de ses premières expressions dans la loi du 28 mars 1882, qui dispose que, dans l'enseignement primaire, l'instruction religieuse est donnée en dehors des édifices et des programmes scolaires et dans l'article 17 de la loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire, aux termes duquel « dans les écoles publiques de tout ordre, l'enseignement est exclusivement confié à un personnel laïque ».

Ce principe a été consacré par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui fait de « l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés un devoir de l'État » et par l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui proclame que « la France est une république... laïque » et qu'« elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

Comme l'indique ce dernier texte, le principe de laïcité implique nécessairement le respect de toutes les croyances, déjà reconnu par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, aux termes duquel « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

La loi du 9 décembre 1905, tout en procédant à la séparation des Églises et de l'État, a confirmé que « la République assure la liberté de conscience ».

Cette liberté, qui doit être regardée comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, s'exerce dans le domaine de l'éducation, dans le cadre des textes législatifs qui définissent la mission du service public et les droits et obligations des élèves et de leurs familles dans les termes suivants :

Article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1959 relative aux rapports entre l'État et les établissements de l'enseignement privé :

« Suivant les principes définis dans la Constitution, l'État assure aux enfants et adolescents dans les établissements publics d'enseignement la possibilité de recevoir un enseignement conforme à leurs aptitudes dans un égal respect de toutes les croyances. »

Article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1975 relative à l'éducation :

« Tout enfant a droit à une formation scolaire qui, complétant l'action de sa famille, concourt à son éducation.

Cette formation favorise l'épanouissement de l'enfant, lui permet d'acquérir une culture, le prépare à la vie professionnelle et à l'exercice de ses responsabilités d'homme et de citoyen...

L'État garantit le respect de la personnalité de l'enfant et de l'action éducative des familles. »

Article 1^{er} de la loi d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989 : « Le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté...



Les écoles, les collèges, les lycées et les établissements d'enseignement supérieur... contribuent à favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes. Ils dispensent une formation adaptée dans ses contenus et ses méthodes aux évolutions technologiques, sociales et culturelles du pays et de son environnement européen et international ».

Article 1^{er} de la même loi : « Les obligations des élèves consistent dans l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études ; elles incluent l'assiduité et le respect des règles de fonctionnement et de la vie collective des établissements.

Dans les collèges et les lycées, les élèves disposent, dans le respect du pluralisme et du principe de neutralité, de la liberté d'information et de la liberté d'expression. L'exercice de ces libertés ne peut porter atteinte aux activités d'enseignement... »

Article 1^{er}, deuxième alinéa de la loi du 2 août 1989 relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France : « Les agissements discriminatoires des détenteurs de l'autorité publique, des groupements ou des personnes privées, la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, la diffamation et l'injure au motif de l'appartenance ou de la non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion sont interdits. »

Article 2 de la même loi :

« ... L'école... doit inculquer aux élèves le respect de l'individu, de ses origines et de ses différences. »

Enfin, par les conventions internationales susvisées la République française s'est engagée :

- à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire le droit d'accéder à l'enseignement sans distinction aucune notamment de religion et à prendre les mesures propres à donner effet à un tel droit ;
- à assurer la liberté de pensée, de conscience et de religion, et la liberté de manifester sa religion ou ses convictions individuellement ou collectivement, en public ou en privé, sous la seule réserve des restrictions prévues par la loi et nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publics, de la morale ou des libertés et des droits fondamentaux d'autrui ;
- à respecter, dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, le droit des parents de faire assurer cette éducation conformément à leurs convictions religieuses ;
- à prendre les mesures nécessaires pour que l'éducation favorise la compréhension et la tolérance entre tous les groupes raciaux et religieux.

Il résulte des textes constitutionnels et législatifs et des engagements internationaux de la France sus-rappelés que le principe de la laïcité de l'enseignement public, qui est l'un des éléments de la laïcité de l'État et de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect d'une part de cette neutralité par les programmes et par les enseignants et d'autre part de la liberté de conscience des élèves. Il interdit conformément aux principes rappelés par les mêmes textes et les engagements internationaux de la France toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves.



La liberté ainsi reconnue aux élèves comporte pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité.

Son exercice peut être limité, dans la mesure où il ferait obstacle à l'accomplissement des missions dévolues par le législateur au service public de l'éducation, lequel doit notamment, outre permettre l'acquisition par l'enfant d'une culture et sa préparation à la vie professionnelle et à ses responsabilités d'homme et de citoyen, contribuer au développement de sa personnalité, lui inculquer le respect de l'individu, de ses origines et de ses différences, garantir et favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes.

Il résulte de ce qui vient d'être dit que, dans les établissements scolaires, le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses, mais que cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public.

II. – Le port de signes d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires peut, en cas de besoin, faire l'objet d'une réglementation destinée à fixer les modalités d'application des principes qui viennent d'être définis, compte tenu de la situation propre aux établissements et dans les conditions énoncées ci-après :

La réglementation de la discipline dans les écoles et notamment des conditions dans lesquelles pourrait être restreint ou interdit, le port par les élèves de signes d'appartenance à une religion, relève, par application de l'article 14 du décret du 28 décembre 1976 et des articles 7 et 25 du décret du 21 août 1985, de la compétence d'une part de l'inspecteur d'académie, qui arrête le règlement-type du département après consultation du Conseil de l'éducation nationale et d'autre part du conseil d'école, qui vote le règlement intérieur, compte tenu des dispositions du règlement-type du département, conformément à l'article 17 *bis* du même décret du 28 décembre 1976.

Dans les lycées et collèges, cette réglementation est de la compétence du conseil d'administration de l'établissement qui, en vertu de l'article 3 du décret du 30 août 1985 et de l'article 4 du décret du 31 janvier 1986, adopte, sous réserve du contrôle de légalité, le règlement intérieur de l'établissement, lequel « définit les droits et les devoirs de chacun des membres de la communauté scolaire » et « détermine notamment les modalités selon lesquelles sont mis en application :

- le respect des principes de laïcité et de pluralisme ;
- le devoir de tolérance et de respect d'autrui dans sa personnalité et dans ses convictions ;

[...]



– l’obligation pour chaque élève de participer à toutes les activités correspondant à sa scolarité organisées par l’établissement et d’accomplir les tâches qui en découlent... »

Le ministre auquel il appartient, au titre de ses pouvoirs hiérarchiques ou de tutelle, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l’administration placée sous son autorité, peut, par voie d’instructions, définir les orientations ou donner les indications susceptibles de guider les autorités compétentes dans l’élaboration de la réglementation intérieure des établissements scolaires et pour l’application de celle-ci.

III. – Il appartient aux autorités détentrices du pouvoir disciplinaire d’apprécier, sous le contrôle du juge administratif, si le port par un élève, à l’intérieur d’un établissement scolaire public ou dans tout autre lieu où s’exerce l’enseignement, d’un signe d’appartenance religieuse qui méconnaîtrait l’une des conditions énoncées au I du présent avis ou la réglementation intérieure de l’établissement, constitue une faute de nature à justifier la mise en œuvre de la procédure disciplinaire et l’application, après respect des garanties instituées par cette procédure et des droits de la défense, de l’une des sanctions prévues par les textes applicables, au nombre desquelles peut figurer l’exclusion de l’établissement.

L’exclusion d’une école, d’un collège ou d’un lycée est possible, malgré le caractère obligatoire de l’instruction, dès lors que l’instruction de l’enfant peut être donnée, conformément à l’article 3 de l’ordonnance du 6 janvier 1959 portant prolongation de la scolarité obligatoire jusqu’à l’âge de 16 ans, « soit dans les établissements ou écoles publics ou libres, soit dans les familles par les parents, ou l’un d’entre eux, ou toute personne de leur choix », et que notamment l’élève peut être inscrit au centre public d’enseignement par correspondance, comme le prévoit d’ailleurs expressément le décret du 18 décembre 1985 relatif aux procédures disciplinaires dans les collèges, les lycées ou les établissements d’éducation spéciale.

Le directeur d’école, conformément à l’article 20 du décret du 28 décembre 1976 et à l’article 2 du décret du 24 février 1989, et le chef d’établissement, conformément aux articles 8 et 9 du décret du 30 août 1985, sont responsables de l’ordre dans l’établissement et de son bon fonctionnement. Ils doivent notamment veiller à l’application du règlement intérieur. Ils peuvent dans la mesure et pour la durée nécessaires au rétablissement du déroulement normal des enseignements et de l’ordre dans l’établissement, refuser l’admission dans l’établissement ou à l’un des enseignements d’un élève régulièrement inscrit dont le comportement perturberait gravement le fonctionnement du service public, ou dont l’attitude a entraîné le déclenchement de poursuites disciplinaires, dans l’attente de la décision de l’autorité compétente. Un refus d’admission d’un élève mineur ne peut être exécuté sans que ses parents ou ses représentants légaux en aient été préalablement avertis.

Un refus d’admission dans une école d’un élève nouvellement inscrit ou un refus d’inscription dans un collège ou un lycée ne serait justifié que par le risque d’une menace pour l’ordre dans l’établissement ou pour le fonctionnement normal du service de l’enseignement.



Annexe 3

Avis des formations contentieuses du Conseil d'État

■ **Assemblée – Avis – 24 octobre 1997 – n° 187.122 –
Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom
– MM. Struillou, rapp. ; Arrighi de Casanova, c. du g.**

Sur le rapport de la 8^e sous-section de la Section du Contentieux,

Vu, enregistré le 14 avril 1997, au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État le jugement du 25 mars 1997 par lequel le tribunal administratif de Clermont-Ferrand, avant de statuer sur la demande de l'Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom tendant à la décharge de la taxe foncière à laquelle elle a été assujettie au titre de l'année 1995 dans les rôles de la commune de Riom, a décidé, en application des dispositions de l'article 12 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du Contentieux administratif, de transmettre le dossier de cette demande au Conseil d'État en soumettant à son examen la question de savoir si l'association requérante peut être qualifiée d'association cultuelle au sens des dispositions du 4° de l'article 1382 du Code général des impôts et de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État ;.....

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des impôts ;

Vu la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État ;

Vu la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987, et notamment son article 12 ;

Vu les articles 57-11 à 57-13 ajoutés au décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 modifié par le décret n° 88-905 du 2 septembre 1988 ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de M. Struillou, Maître des Requêtes,
- les observations de Me Blondel, avocat de l'Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom,
- les conclusions de M. Arrighi de Casanova, Commissaire du gouvernement ;



REND L'AVIS SUIVANT :

Aux termes des dispositions de l'article 12 de la loi susvisée du 31 décembre 1987 : « avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif peut, par un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État... Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à un avis du Conseil d'État ».

Le 4° de l'article 1382 du code général des impôts exempte de la taxe foncière sur les propriétés bâties « les édifices affectés à l'exercice d'un culte appartenant à l'État, aux départements ou aux communes, ou attribués, en vertu des dispositions de l'article 4 de la loi de 1905 aux associations ou unions prévues par le titre IV de la même loi ainsi que ceux attribués, en vertu des dispositions de l'article 112 de la loi du 29 avril 1926 aux associations visées par cet article et ceux acquis ou édifiés par lesdites associations ou unions ». Seules les collectivités publiques et les associations culturelles au sens de la loi du 9 décembre 1905 ou leurs unions peuvent prétendre, pour les édifices qui leur ont été attribués ou qu'elles ont acquis ou édifiés, au bénéfice de cette exemption sans que celle-ci soit subordonnée à une reconnaissance préalable au titre des dispositions relatives au contrôle des dons et legs.

Il résulte des dispositions des articles 18 et 19 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État que les associations revendiquant le statut d'association culturelle doivent avoir exclusivement pour objet l'exercice d'un culte, c'est-à-dire, au sens de ces dispositions, la célébration de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement, par des personnes réunies par une même croyance religieuse, de certains rites ou de certaines pratiques. En outre, ces associations ne peuvent mener que des activités en relation avec cet objet tel que l'acquisition, la location, la construction, l'aménagement et l'entretien des édifices servant au culte ainsi que l'entretien et la formation des ministres et autres personnes concourant à l'exercice du culte.

La reconnaissance du caractère culturel d'une association est donc subordonnée à la constatation de l'existence d'un culte et à la condition que l'exercice de celui-ci soit l'objet exclusif de l'association.

Le respect de la condition relative au caractère exclusivement culturel de l'association doit être apprécié au regard des stipulations statutaires de l'association en cause et de ses activités réelles. La poursuite par une association d'activités autres que celles rappelées ci-dessus est de nature, sauf si ces activités se rattachent directement à l'exercice du culte et présentent un caractère strictement accessoire, à l'exclure du bénéfice du statut d'association culturelle.

La liberté des cultes étant assurée par la République, en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 sous les seules restrictions imposées dans l'intérêt de l'ordre public, le fait que certaines des activités de l'association pourraient porter atteinte à l'ordre public s'oppose à ce que ladite association bénéficie du statut d'association culturelle et, par suite, prétende à l'exemption de la taxe foncière sur les propriétés bâties.

S'il appartient au Conseil d'État, dans le cadre de la procédure prévue par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 précité, de formuler un avis sur une question de droit nouvelle, il ne lui appartient pas de trancher l'affaire au fond



et, par suite, d'apprécier si, en l'espèce l'Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom peut être qualifiée d'association cultuelle au sens des dispositions du 4° de l'article 1382 du code général des impôts et de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

Le présent avis sera notifié au président du tribunal administratif de Clermont-Ferrand, à l'Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom, au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au ministre de l'intérieur.

■ Quatrième et sixième sous-sections réunies – Avis – 3 mai 2000 – n° 217.017 – Mlle Marteaux ; M^{me} Picard, rapp. ; M. Schwartz, c. du g.

Sur le rapport de la 4^e sous-section de la Section du contentieux,

Vu, enregistré le 2 février 2000 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, le jugement du 25 janvier 2000 par lequel le président du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, avant de statuer sur la demande de M^{lle} Julie Marteaux tendant à l'annulation de l'arrêté du 24 février 1999 par lequel le recteur de l'académie de Reims a mis fin à ses fonctions de surveillante intérimaire à temps complet, a décidé, par application des dispositions de l'article 12 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, de transmettre le dossier de cette demande au Conseil d'État, en soumettant à son examen les questions suivantes :

1°) les exigences tenant aux principes de la laïcité de l'État et de la neutralité des services publics qui fondent l'obligation de réserve incombant à un agent public, doivent-elles être appréciées en fonction de la nature des services publics concernés ;

2°) dans le cas du service public de l'enseignement, convient-il de distinguer suivant que l'agent assure ou non des fonctions éducatives et, dans cette éventualité, suivant qu'il exerce ou non des fonctions d'enseignement ;

3°) convient-il, dans certains cas, d'opérer une distinction entre les signes religieux selon leur nature ou le degré de leur caractère ostentatoire ;

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ;

Vu la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 et notamment son article 12 ;

Vu la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 ;

Vu les articles 57-11 à 57-13 ajoutés au décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 modifié par le décret n° 88-905 du 2 septembre 1988 ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 et le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 ;



Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de M^{me} Picard, Maître des Requêtes,
- les conclusions de M. Schwartz, Commissaire du gouvernement ;

REND L'AVIS SUIVANT :

1°) Il résulte des textes constitutionnels et législatifs que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de la laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci ;

2°) Si les agents du service de l'enseignement public bénéficient comme tous les autres agents publics de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière qui serait fondée sur leur religion, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses ;

Il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre les agents de ce service public selon qu'ils sont ou non chargés de fonctions d'enseignement ;

3°) Il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations ;

Les suites à donner à ce manquement, notamment sur le plan disciplinaire, doivent être appréciées par l'administration sous le contrôle du juge, compte tenu de la nature et du degré de caractère ostentatoire de ce signe, comme des autres circonstances dans lesquelles le manquement est constaté ;

Le présent avis sera notifié au tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, à M^{lle} Julie Marteaux, au ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État et au ministre de l'éducation nationale ; Il sera publié au Journal officiel de la République française.



Contributions



L'État et l'Église au Royaume-Uni

*Duncan Fairgrieve,
professeur au British Institute of International
and Comparative Law, Londres,
maître de conférences à l'Institut d'études politiques de Paris*

Au Royaume-Uni et en France, les rapports complexes entre l'État et l'Église ont été forgés à travers l'histoire du Moyen Âge jusqu'à nos jours. Pour un comparatiste britannique, le principe de laïcité de l'État français marque l'un des grands points de différence dans le droit constitutionnel des deux pays. À l'inverse d'une séparation entière entre l'État et l'Église en France, le lien entre l'État et l'Église outre-Manche est très fort.

Les rapports constitutionnels entre l'État et l'Église

De prime abord, les différences entre les deux pays sont assurément frappantes. L'État britannique est fondé sur un rapport étroit entre la Couronne et l'Église¹. Le Roi Henri VIII rompit en 1534 avec Rome lorsque le Pape refusa d'annuler son mariage avec Catherine d'Aragon. L'Église catholique fut aussitôt remplacée par l'Église anglicane, dont le monarque est reconnu « gouverneur suprême ». L'actuel monarque, Élisabeth II, porte le titre de « *Defender of the Faith* » et l'Église d'Angleterre est officiellement reconnue comme telle par la loi.

En France, le contexte constitutionnel est très différent. État unitaire, la France est une République constitutionnellement reconnue comme « indivisible ». La laïcité, énoncée par le premier article de la Constitution, a été inscrite par le Conseil d'État au rang des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République². Au Royaume-Uni, de telles déclarations de principes constitutionnels sont étrangères à la culture juridique traditionnelle. Le constitutionna-

1 - Cf. Jacques Zylberberg, « Laïcité, connais pas », *Pouvoirs* 1995.37.

2 - CE 6 avril 2001, *Syndicat National des Enseignements du Second Degré*, AJDA 2002.63.



liste Dicey écrivit que les juristes anglais préféraient se concentrer sur la recherche de procédures efficaces plutôt que de se contenter d'une déclaration quelconque³ !

Le Royaume-Uni est donc un État non-laïc. Peut-être le plus étonnant pour un observateur étranger est le rôle octroyé aux représentants de l'Église dans le processus démocratique du pays. En effet, les archevêques⁴ et vingt-quatre évêques anglicans siègent dans la deuxième chambre du parlement, la *House of Lords*. Le monarque nomme – suivant le conseil de son Premier ministre – l'archevêque ainsi que les évêques. Lors de leur nomination, ces derniers doivent prêter serment à la Reine. Les règles de fonctionnement de l'Église de l'Angleterre sont préparées par le Synode général mais ne prennent effet qu'après l'accord du Parlement.

Les deux systèmes semblent donc très éloignés. Néanmoins, il ne faut pas en surestimer les différences. En droit comparé, la réalité est souvent plus complexe que les apparences.

Le contexte britannique du rapport entre l'État et l'Église est marqué par une forte hétérogénéité⁵. En effet, la diversité des composantes du Royaume-Uni interdit la généralisation. Le Royaume-Uni est un État construit de plusieurs nations, dont chacune a sa propre approche héritée de son parcours historique. Si en Angleterre et en Écosse, l'Église anglicane et l'Église presbytérienne sont respectivement « établies », en Irlande du Nord et au Pays des Galles, il n'existe pas d'Église reconnue par la loi comme celle de la nation.

L'approche française est loin d'être homogène dans tout son territoire. Dans le domaine de laïcité, l'image d'une France jacobine doit être nuancée. Bien que la République soit déclarée une et indivisible, l'application du principe de laïcité est loin d'être uniforme dans la totalité de son territoire. C'est le cas des départements d'Alsace-Moselle et des territoires d'outre-mer.

Suite à la première guerre mondiale, le retour à la France des trois départements d'Alsace-Moselle s'est accompagné du maintien du régime instauré par le célèbre concordat signé entre le Saint-Siège et la France le 15 juillet 1801 sous l'impulsion du premier consul Bonaparte⁶. Le Haut-Rhin, le Bas-Rhin et la Moselle ont donc un statut scolaire à part, qui maintient un enseignement religieux dans les écoles publiques, avec possibilité de dispense. Les ministres

3 - A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law and the Constitution* (Macmillan, 1965) 198-199. Bentham était, lui aussi très méfiant quant à l'idée de déclarations de principes : il a décrit la Déclaration des droits de l'homme, dans une phrase devenue célèbre, comme « nonsense on stilts ».

4 - Archevêques de Canterbury et de York, Évêques de Londres, Durham et Winchester ainsi que de 21 autres diocèses selon leur ancienneté.

5 - Cf. V. Bernard d'Hellencourt « Les vicissitudes d'une « sécularisation chrétienne » au Royaume-Uni » dans Jean Baubérot (dir.) *Religions et laïcité dans l'Europe des Douze*, Syros 1994.

6 - Le titre du Concordat est la « Convention entre le gouvernement français et Sa Sainteté Pie VII » et compte 17 articles. Dans le préambule est proclamé que : « Le gouvernement de la République française reconnaît que la religion catholique, apostolique et romaine, est la religion de la grande majorité des Français. » Voir G. Bedouelle et J.-P. Costa, *Les laïcités à la française* (PUF, Paris, 1998) chapitre 2.



des cultes (c'est-à-dire les vicaires, les curés, les pasteurs, les inspecteurs luthériens et les rabbins) sont d'ailleurs rétribués par l'État ⁷.

Les trois départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle ne sont pas les seuls à jouir d'un statut d'exception : une partie de la France d'outre-mer échappe à la loi commune. Il en est ainsi de la Guyane, où s'applique encore l'ordonnance du 27 août 1828, prise par Charles X, qui prévoit l'entretien des ministres du culte catholique à la charge du budget départemental et qui sont nommés sur proposition de l'évêque ⁸. À Mayotte, territoire majoritairement musulman, le préfet nomme le mufti ⁹.

Cette complexité a été soulignée par Bedouelle et Costa dans leur excellent ouvrage, *Les Laïcités à la française* : « La « Laïcité » dans le contexte français n'est nullement un concept univoque, mais complexe, varié, à la fois dans l'espace et dans le temps » ¹⁰. Ils soulignent que : « En définitive, dans un pays aussi centralisé que la France, il n'est pas indifférent qu'en outre mer il y ait six régimes religieux, ce qui, avec le statut d'Alsace-Moselle, et le droit commun de la séparation, donne huit visages à la laïcité, pour la plupart, héritage du passé ¹¹. »

De l'étonnante implication de l'État britannique dans la vie de l'Église pour un œil français, il faut rappeler qu'en France les évêques de Metz et de Strasbourg sont eux-mêmes désignés par décret du Président de la République ¹².

Protection de la liberté de religion

Malgré la place privilégiée de l'Église d'Angleterre au sein des institutions britanniques, le Royaume-Uni d'aujourd'hui est composé d'une mosaïque religieuse riche, incluant surtout diverses fois chrétiennes, ainsi que les communautés juives, musulmanes, hindoues ou sikhs, en raison de l'immigration en provenance du Commonwealth. Il existe une tolérance culturelle qui s'est vu renforcée par des textes législatifs. Notre sujet ne pourrait être compris sans référence aux notions de libertés publiques et notamment à celle de la liberté de religion. Or, le cadre juridique encadrant les droits fondamentaux au Royaume-Uni contraste également avec le système français. Il faut donc en dire quelques mots.

7 - D'ailleurs les ministres du culte sont nommés, pour la plupart, par le pouvoir civil – les évêques de Metz et de Strasbourg sont désignés par décret du président de la République : Jean-Michel Ducomte, « Les limites et les incertitudes du modèle laïque français » in A. Gérard (dir.) *Permanence de la laïcité en France et dans le monde* (Éditions Privat, 2001) 85.

8 - G. Bedouelle et J.-P. Costa, *Les laïcités à la française* (PUF, Paris, 1998) 70.

9 - Jean-Michel Ducomte, « Les limites et les incertitudes du modèle laïque français » in A. Gérard (dir.) *Permanence de la laïcité en France et dans le monde* (Éditions Privat, 2001) 87.

10 - G. Bedouelle et J.-P. Costa, *Les laïcités à la française* (PUF, Paris, 1998) 6.

11 - G. Bedouelle et J.-P. Costa, *Les laïcités à la française* (PUF, Paris, 1998) 70-71.

12 - Jean-Michel Ducomte, « Les limites et les incertitudes du modèle laïque français » in A. Gérard (dir.) *Permanence de la laïcité en France et dans le monde* (Éditions Privat, 2001) 85.



Selon la théorie juridique traditionnelle, la souveraineté absolue du Parlement britannique est incompatible avec la notion de droits fondamentaux protégés par une loi supérieure. Il n'y a pas de lois supérieures : un nouveau parlement peut toujours abroger une loi existante. Aussi, d'après cette théorie, les libertés publiques en droit anglais sont conçues de manière négative plutôt que positive. Chaque personne peut simplement faire tout ce que n'est pas interdit par la loi ou la jurisprudence.

Cependant, il serait faux de conclure que malgré la conception classique de la souveraineté parlementaire, il n'existe pas de protection des droits fondamentaux en droit anglais. Des droits tels que la liberté personnelle, le droit d'accès au juge, et le droit à la propriété ont une valeur importante, et sont protégés comme tels. En second lieu, la Convention européenne des Droits de l'Homme – ratifiée dès le début par le Royaume-Uni mais dépourvue d'effet *direct* pendant des longues années en raison du régime constitutionnel britannique d'inspiration dualiste – a néanmoins exercé une influence sur le système anglais, puisque les juges anglais ont accepté de prendre en considération la Convention même non incorporée ainsi que sa jurisprudence comme source de principes de droit, lorsque une loi était ambiguë, ou quand la *common law* était incertaine. En troisième lieu, la Convention a finalement été incorporée en droit anglais grâce à la loi « *Human Rights Act 1998* » qui est entrée en vigueur le 2 octobre 2000.

En dépit de la conception classique des libertés, le Royaume-Uni s'est doté de plusieurs textes spécifiquement destinés à lutter contre les discriminations, qu'elles soient fondées sur le sexe,¹³ ou l'origine raciale¹⁴. Même s'il n'existe pas encore de législation de portée parallèle pour la discrimination fondée sur l'appartenance religieuse, il existe cependant des protections de la loi, en particulier la « *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* », par laquelle certains délits pénaux ont été créés en ce qui concerne les actes pour motifs de « haine religieuse ». L'incorporation de la Convention européenne par la loi « *Human Rights Act 1998* » a vu également une protection accrue de la liberté de religion grâce à l'article 9.

Religion et éducation

En France, le débat autour de la laïcité trouve l'une de ses principales expressions dans l'enseignement, le terrain peut-être le plus conflictuel en matière de laïcité de l'État¹⁵. En Angleterre, le débat n'a pas atteint la même ampleur qu'en France, même si certains problèmes parallèles y ont été confrontés, notamment le port de signes d'appartenance religieuse à l'école.

13 - Sex Discrimination Act 1975.

14 - The Race Relations Act 1976, amendé par the Race Relations (Amendment) Act 2000.

15 - Voir G. Bedouelle et J.-P. Costa, *Les laïcités à la française* (PUF, Paris, 1998) p. 91 *et seq.*



Du point de vue des institutions, le statut des écoles en Angleterre est très divers. Il faut tout d'abord distinguer entre les écoles payantes, les écoles privées – plus nombreuses qu'en France – et les écoles de l'État¹⁶. En fait, 90 % des élèves sont scolarisés dans des écoles gratuites et gérées par l'État. Parmi les écoles financées par l'État de catégories diverses¹⁷, il existe un bon nombre d'écoles confessionnelles (primaires et secondaires).

L'enseignement religieux fait partie des programmes scolaires des écoles. Selon la « *School Standards and Framework Act 1998* », chaque étudiant doit participer à un culte quotidien. En dehors de certaines exceptions¹⁸, cette célébration quotidienne doit être de caractère chrétien¹⁹. Néanmoins, il est reconnu que les parents peuvent soustraire leurs enfants aux obligations du culte quotidien ainsi qu'à l'éducation religieuse commune. Cette dernière exception est explicitement retenue dans la loi²⁰ et découle également des obligations de l'article 9 de la Convention européenne, incorporée par le « *Human Rights Act 1998* ».

En ce qui concerne le recrutement des enseignants, les écoles confessionnelles peuvent recruter des enseignants en fonction de leur capacité à dispenser l'éducation religieuse²¹. En dehors de ces écoles, dans des écoles non-confessionnelles, des candidats à des postes d'enseignement ne peuvent être exclus en raison de leurs croyances (ou non-croyance) ou pratiques religieuses.

Le port de signes d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires

Au Royaume-Uni, le port de signes d'appartenance religieuse a été l'objet d'un litige allant jusqu'à la Chambre des Lords, ainsi que d'un différend non-contentieux qui s'est déroulé au Nord de l'Angleterre. Le gouvernement a également pris un certain nombre de mesures afin d'éviter des conflits sur le port de signes d'appartenance religieuse.

Un problème comparable à celui du foulard islamique a été soumis aux juridictions anglaises pendant les années 80. Un enfant sikh avait alors refusé de porter la casquette de l'uniforme de son école (privée) puisqu'il devait porter un turban afin de se conformer aux prescriptions de sa religion. Le directeur de l'école a refusé l'accès de l'enfant à l'école.

16 - On hésite à les appeler « écoles publiques » puisque les écoles privées sont paradoxalement connues comme « public schools ». La tendance actuelle est de distinguer entre les écoles indépendantes (payantes) et les écoles étatiques.

17 - Pour plus de détails, nous nous permettons de renvoyer à Duncan Fairgrieve, « Un État non laïc : le Royaume-Uni », *Les Cahiers de la Fonction Publique*, novembre 2002.

18 - Ex concernant des écoles confessionnelles.

19 - School Standards and Framework Act 1998, schedule 20.

20 - School Standards and Framework Act 1998, article 71.

21 - School Standards and Framework Act 1998.



L'enfant et sa famille, soutenus par la Commission for Racial Equality (*Commission pour l'égalité raciale*)²², ont contesté cette décision. La Chambre des Lords a donné raison aux demandeurs dans sa décision *Mandla v Dowell*²³. Pour trancher ce litige, la Chambre des Lords s'est appuyée sur une loi de 1976 sur les relations entre les races (*Race Relations Act*) qui interdit toute discrimination fondée sur la race. La Chambre des Lords a décidé que le refus du directeur constituait une discrimination contraire aux dispositions de cette loi²⁴. Les obligations concernant l'uniforme étaient telles que les Sikhs pouvaient s'y conformer moins facilement que d'autres.

La polémique du foulard islamique a été directement résolue lors d'un différend non-contentieux qui s'est déroulé en Grande-Bretagne²⁵. En 1988, deux écolières avaient demandé l'autorisation de porter le foulard islamique au comité de direction de leur école à Manchester. Le comité avait refusé d'accorder une autorisation en invoquant des raisons d'hygiène. La Commission pour l'égalité raciale (*Commission for Racial Equality*) était saisie par le père des fillettes concernées. La Commission a indiqué que cette interdiction constituait une discrimination raciale indirecte dans la mesure où elle affectait de façon disproportionnée la population originaire du sous-continent indien²⁶. Ce conflit s'est résolu entre les parties par un compromis. La direction a accepté le port d'un foulard qui était, comme l'uniforme de l'école, de couleur bleu marine. La direction a demandé que le foulard soit maintenu serré au niveau du cou, pour éviter tout problème pendant les cours d'éducation physique ou de chimie par exemple.

Politique gouvernementale destinée à éviter les conflits sur le port de signes d'appartenance religieuse

Les directions des établissements d'enseignement primaire et secondaire ont une grande autonomie en ce que concerne la responsabilité de la conduite des écoles, particulièrement en ce qui concerne les normes de comportement et d'habillement. Malgré cette compétence locale, le gouvernement a mis en place une politique destinée à éviter des problèmes soulevés par le port de signes d'appartenance religieuse. Le gouvernement a notamment établi une série de « *guidelines* » en matière d'uniformes et sécurité.

22 - Cette instance, créée par la loi de 1976, a pour mission l'élimination des discriminations raciales. Elle peut notamment mener des enquêtes et assister les particuliers devant les tribunaux.

23 - [1983] 2 AC 548.

24 - La Chambre des Lords a donné un sens large à l'expression « groupe racial » en considérant que les Sikhs, un groupe religieux, pouvait constituer un groupe racial.

25 - Sebastian Poulter, « Muslim Headscarves in School : Contrasting Legal Approaches in England and France » (1997) 17 OJLS 43, 67-68.

26 - Voir Services des affaires européennes du Sénat, *Le port de signes d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires*, La documentation française, 1997.



Tout d'abord, le ministère d'éducation a souligné qu'en établissant les normes d'habillement, le comité de direction de l'école doit « être sensible aux besoins des cultures, des races et des religions différentes. Le ministère attend des établissements scolaires qu'ils définissent ces besoins dans le cadre d'un règlement général portant sur les uniformes autorisés dans les écoles. Ainsi, par exemple, de permettre aux jeunes filles musulmanes de revêtir leurs robes habituelles et aux garçons de religion sikh le port du turban traditionnel. Le ministère ne considère pas qu'il soit acceptable de sanctionner disciplinairement un élève qui n'aurait pas respecté un règlement relatif aux uniformes à cause de son appartenance à un code vestimentaire particulier de caractère culturel, racial ou religieux ».

En ce qui concerne la sécurité à l'école, certains établissements ont été confrontés à la question du port du kirpan par les sikhs, un poignard d'acier à symbole religieux. Le ministère d'éducation a souligné que : « Les établissements scolaires doivent être pleinement informés des prescriptions religieuses des Sikhs et conscients de la nécessité de prendre en compte ces données de façon raisonnable. Un *modus vivendi* doit pouvoir normalement être trouvé entre les observances religieuses de la communauté Sikh d'une part, et les préoccupations évidentes de l'établissement scolaire et des parents n'appartenant pas à la religion Sikh d'autre part, par exemple en permettant le port sécurisé d'un kirpan symbolique (dans un étui protégé). »²⁷

Enfin, il faut noter qu'en dehors du domaine de l'éducation, certains textes législatifs établissent des exceptions au profit des Sikhs. Par exemple, les Sikhs sont dispensés de l'obligation du port d'un casque de chantier (*Employment Act* 1989) ou du port d'un casque de motocycliste (*Road Traffic Act* 1989).

L'exigence rigoureuse de séparation entre la religion et l'État a comporté en France de multiples ramifications politiques, juridiques et aussi passionnelles²⁸. La question vestimentaire à l'école y a été abordée à partir de principes de valeur constitutionnelle, et « reconnus par les lois de la République ». De ces principes ont été conçues les solutions pratiques dans le domaine scolaire.

Au Royaume-Uni, une démarche différente a dominé²⁹. Les conflits potentiels ont été résolus par des *guidelines*, des normes non contraignantes, ainsi que par l'intervention des organisations tels que la Commission for Racial Equality (*Commission pour l'égalité raciale*). Les solutions ne sont pas venues du pouvoir central, mais au contraire du pouvoir discrétionnaire au niveau local,

27 - Department for Education and Skills and Home Office, *School Security – Dealing with Troublemakers* (1997).

28 - G. Bedouelle et J.-P. Costa, *Les laïcités à la française* (PUF, Paris, 1998) 6.

29 - En Grande-Bretagne, la polémique n'est pas vue dans la perspective du principe de neutralité du service public. Dans un pays où il n'existe pas de notion développée de service public, la question de sa neutralité se pose encore moins.



c'est-à-dire de décisions de directeurs d'écoles. La médiation entre les parties a été encouragée, les recours devant les juridictions évités, autant que possible.

Au Royaume-Uni, il n'existe point de débat autour d'une interdiction législative. Au contraire, la question du port de signes d'appartenance religieuse est plutôt abordée du point de vue de la protection contre des discriminations. C'est une approche qui est sans doute influencée par la tradition de pluralisme culturel. C'est une approche partagée par d'autres pays³⁰, dans lesquels il est également intéressant de noter le poids considérable des instances créées pour lutter contre des discriminations.

Même si le courant actuel en France semble aller inéluctablement vers une intervention législative pour régler la question du port de signes d'appartenance religieuse à l'école, il existe néanmoins des points de similarité. La démarche du Conseil d'État, dans son avis du 27 novembre 1989 et la jurisprudence qui s'en est suivie, illustre une approche plutôt pragmatique qui tend à concilier dans les circonstances propres à chaque espèce l'expression de la liberté de conscience en matière religieuse avec les autres droits et libertés fondamentales.

Enfin, un autre point important à rappeler est le contexte d'importantes influences extérieures qui accompagne les modèles français et britannique dans leurs rapports entre l'État et la religion. La laïcité doit ainsi être conçue dans le cadre de la protection de la liberté de pensée, de conscience et de religion, et il faut citer à ce sujet l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme³¹. Ce sont les influences extérieures qui nous obligent à concevoir des problèmes qui semblent être particuliers à notre propre système de droit dans un cadre légal commun³². Ces influences peuvent même constituer une source d'interrogation du *statu quo*.

30 - Au Pays-Bas, le caractère non discriminatoire des prescriptions vestimentaires à l'école doit notamment être apprécié sur le plan religieux, de sorte que l'interdiction générale du port de la kippa, d'un turban ou d'un foulard est exclue, que l'interdiction vise les élèves ou les professeurs : Service des Études juridiques du Sénat, *Le port du voile islamique dans les établissements publics en droit comparé* (novembre 2003).

31 - La Cour de Strasbourg a tenu une position prudente sur la question du rapport institutionnel de l'État et la religion. Elle a invoqué l'importance de « la marge d'appréciation qu'il faut laisser à chaque État... pour ce qui est de l'établissement des délicats rapports entre les Églises et l'État. » (*Cha'are Shalom V^e Tsedek v France* [GC], n^o 27417/95, § 84, CEDH 2000-VII).

32 - Voir le débat dans les autres pays européens : Service des Études juridiques du Sénat, *Le port du voile islamique dans les établissements publics en droit comparé* (novembre 2003).



Pour une véritable culture laïque

Émile Poulat,
directeur d'études à l'École
des hautes études en sciences sociales

Sur la « laïcité », ou même « la Laïcité » – cette entité –, les médias ne tarissent pas, la rhétorique coule à flot, colloques et commissions se succèdent sans relâche. Pendant des siècles, *clerc* et *laïc* ont fait système. Ce que nous mettons sous le mot « laïcité » commence et se définit par l'éclatement de ce système ecclésiastique et théologique, caractéristique de la chrétienté, tout au moins du catholicisme et de l'orthodoxie. Alors sont apparus ceux qui se professaient laïques ¹, pionniers d'un nouveau régime de pensée et de société.

On peut décomposer ce mouvement en trois temps. Ce fut d'abord *l'idée laïque* – une utopie, comme l'idéal chrétien –, qui a élaboré un *programme laïque* – la laïcité républicaine –, auquel la III^e République a donné corps en votant, de 1887 à 1905, le bloc des « lois laïques ». L'application de ces lois selon les procédures usuelles a engendré le *régime laïque* qui nous régit tous et dans lequel nous baignons tous, citoyens français, résidents étrangers et même sans-papiers. De l'idée première au régime actuel, la distance peut paraître considérable : le réalisme et ses compromis l'ont emporté sur l'idéalisme et ses ambitions. Les uns s'en désolent, les autres s'en réjouissent : preuve que *la laïcité* est aujourd'hui ce qui nous permet à tous de vivre ensemble sans résoudre aucun de nos différends, sans y prétendre et en se gardant de l'exiger.

Ce régime de laïcité s'impose à tous, par sa triple force légale, administrative ou judiciaire, mais n'impose à personne la manière dont chacun peut librement, contradictoirement, entendre et se représenter cette « laïcité ». Le débat reste ouvert, tandis que la vie suit son cours.

Si le débat perdure et souvent s'enlise, c'est sans doute parce que l'ampleur des divergences et du contentieux ne facilite pas la compréhension mutuelle et peut même dissuader de la rechercher. À quoi bon, puisque – c'est sûr – le *cléricalisme* ne changera pas (l'Inquisition, la Saint-Barthélemy, le Chevalier

1 - Léon XIII a canonisé en 1881 un mystique gyrovague, Benoît-Joseph Labre, qui n'était ni clerc, ni religieux : un « saint laïc ». A quoi les républicains opposèrent aussitôt ces « saints laïques » qu'étaient les grands savants, ou Émile Littré, reconnu par tous comme un « saint laïque ». On peut regretter que cette manière d'écrire n'ait pas réussi à imposer sa règle.



de la Barre, jusqu'au silence de Pie XII), et que le *laïcisme* restera toujours bête et méchant ?

À ces représentations antagonistes de l'autre, s'ajoute une *inculture laïque* généralisée qui va de pair avec une *inculture religieuse* souvent dénoncée. Mais si la seconde commence à être perçue comme préoccupante, la première demeure encore largement inconsciente. Il est vrai que notre régime laïque est aussi complexe que subtil. En gros, chacun a bien son idée de la laïcité, et des faits – des exemples – pour la justifier, ou la critiquer, mais elle reste pour l'essentiel dans le domaine de l'irréel, sans prise sur le réel que constitue ce régime.

Laïcité, le mot est parmi nous une commodité de langage, un manteau de Noé qui cache souvent beaucoup d'ignorances ou d'erreurs. Ferdinand Buisson, dans son *Nouveau Dictionnaire de Pédagogie et d'Instruction primaire*, le considérait encore en 1911 comme un néologisme. De fait, les républicains n'en avaient pas eu besoin pour réaliser leur programme de mesures laïques. Nous ne disposons même d'une histoire du mot et de ses deux valences : laïcité de l'État, de l'école, de l'administration comme caractère propre ; et, plus tardif, la laïcité comme conception générale. On peut être immergé dans une culture laïque (ou laïcisée) au sens anthropologique anglo-saxon, et dépourvu de toute culture laïque ou presque au sens classique français.

Fait significatif, une seule chaire en France est vouée à l'histoire et sociologie de la laïcité ; elle date de 1991 et elle a trouvé son lieu à l'École pratique des Hautes Études au sein des « sciences religieuses », qui sont d'ailleurs nées laïques d'une loi laïque. On demande aujourd'hui des bilingues, voire des polyglottes. Il nous faut pareillement devenir biculturel, sinon multiculturel. La vieille culture chrétienne est aujourd'hui submergée par la nouvelle culture laïque (ou « moderne »), et toutes deux doivent affronter des cultures exogènes, avant tout l'islam si l'on juge à son poids numérique.

La laïcité est ainsi déjà là et pas encore là. On peut spéculer sur l'idée laïque comme conception du monde et militer pour elle. On peut aussi considérer, très empiriquement, qu'elle est descendue du ciel des idées pour prendre forme, imparfaite sans doute, dans le régime juridique et administratif qui nous gouverne, et réfléchir sur lui pour en pénétrer le sens et déchiffrer l'esprit. La recherche et la pensée se situent alors au niveau de ce qu'il convient d'appeler *notre laïcité publique*.

« Notre » est une façon de ne pas dire « à la française », mais aussi de souligner qu'elle nous est commune à tous, citoyens ou non, pionniers ou ralliés, partisans ou adversaires, satisfaits ou critiques. « La loi du pays est la loi » : c'est un principe que professent traditionnellement juifs et musulmans quand ils vivent sur une terre étrangère à leur religion. C'est un principe auquel l'Église catholique en France a fini par se plier sans avoir achevé de se mettre au clair avec lui.

Mais pourquoi « publique » ? L'association des deux mots n'est pas dans nos habitudes de langage où elle introduit pourtant une précision majeure dont le besoin est insuffisamment ressenti. Nous parlons plus volontiers de *libertés publiques*, sans voir que celles-ci existent selon deux modalités : en tant que libertés de fait, personnelles ou collectives, exercées sous la responsabilité de chacun ; en tant que libertés de droit, définies, gérées et contrôlées par l'auto-



rité publique (les trois pouvoirs chers à Montesquieu). Chacun de nous peut penser ce qu'il veut de la laïcité et du régime qui en est issu, mais il ne peut faire tout ce qu'il veut au nom de ce qu'il pense dans ce régime institué par la volonté générale et dans l'intérêt général. Sa volonté subjective – privée – se heurte à la réalité objective – publique – du droit et de sa résistance.

Notre laïcité apparaît ainsi à deux faces inséparables. Comme le Janus romain, elle est *bi frons*, et c'est bien pourquoi, à la lettre, elle voit double. C'est aussi pourquoi elle peine à accommoder, selon qu'elle regarde en direction de la *conscience* et de sa liberté, ou en direction de *l'État* et de sa souveraineté.

Cette perspective entraîne un déplacement important : *la question laïque ne se réduit pas à la question religieuse*. L'histoire de la laïcité ne se résume pas à l'affrontement séculaire de l'Église et de l'État – le Sacerdoce et l'Empire –, jusqu'au triomphe de l'État réussissant à mettre l'Église à la raison, sa raison d'État. Ce grand récit fait tout simplement l'impasse sur le rôle et la place de la conscience dans ce procès historique. De surcroît, il laisse l'État désemparé devant la situation nouvelle : il avait à faire à une grande puissance rivale, dans les règles de l'art politique ; il lui faut désormais gérer soixante millions de libertés individuelles dont les unes se réclament des obligations de leur religion et les autres de leur affranchissement de toute religion. L'absolue et totale liberté de conscience n'a pas été gagnée sur l'Église pour être asservie par l'État.

L'enjeu de ce déplacement n'est autre que notre définition de la laïcité. À défaut de définition juridique faisant autorité, la doctrine s'est employée à en déterminer les traits essentiels : séparation des Églises et de l'État, neutralité religieuse de l'État. Elle s'enferme ainsi délibérément dans une problématique étroite et archaïque, vite démentie par les faits, analysés comme autant d'exceptions à la règle (c'est la réalité qui s'écarte du modèle, selon une démarche classique). Mieux vaut donc partir d'un principe qui ne souffre pas d'exception : la laïcité est le régime qui assure la *liberté de conscience pour tous et pour chacun*, quelles que soient les modalités – variables, discutables – mises en œuvre ici ou là pour en déterminer le cadre.

L'histoire de la laïcité en France ne peut s'identifier à une histoire des rapports de l'Église et de l'État entre eux ou de leur compétence sur les services publics (enseignement, santé, bienfaisance, etc.). Elle est inséparable d'une histoire de la liberté de conscience et des luttes pour conquérir cette liberté aujourd'hui acquise pour tous.

À ce point apparaît une autre définition de notre laïcité : *la laïcité* de la République s'est construite en opposition à la *catholicité* de l'Ancien Régime et de l'ancienne monarchie, à travers la Révolution française. Ainsi s'explique la violence des luttes politiques qui ont permis son instauration et qui ont marqué durablement la mémoire catholique. Notre laïcité n'est pas simplement l'aboutissement d'une querelle d'idées : elle reste en France la blessure originelle d'une violence fondatrice. Son histoire repose sur deux mémoires qui ne se sont jamais réconciliées, malgré tous les compromis et les ajustements intervenus.

Sous l'Ancien Régime, « la religion catholique, apostolique et romaine » était religion du roi, du royaume et de ses habitants, seule religion admise à exercer publiquement son culte, si l'on excepte la parenthèse de l'édit de Nantes



(1578-1685) pour les protestants après les « guerres de religion » et le régime particulier consenti aux juifs. La liberté de conscience y était un droit reconnu à tous par l'État comme par l'Église, en doctrine sans restriction, mais limitée au for interne². En son âme et conscience, chacun croit comme il l'entend ; en société il doit respecter l'ordre établi et ses prescriptions, à commencer par « l'extérieur de la religion ». L'Église ne fait pas la loi en France, mais, pour l'essentiel, sa doctrine et sa discipline sont reçues comme lois de l'État, enregistrées par le Parlement.

Liberté, au singulier ou au pluriel, le mot est difficile d'emploi. Sur le plan théologique et philosophique, il se relie aux querelles sur le libre arbitre, puis sur grâce et liberté (jésuites et jansénistes : une impasse) ou sur le droit au libre examen de la Bible, les Saintes Écritures. Lors de ces discussions, il prendra un autre cours, loin de toute spéculation, avec la revendication de nouvelles *libertés publiques* : un vaste domaine inexploré, tout ce qui a trait à la manifestation publique des convictions privées par voie d'actes, d'écrits ou de discours.

Ce droit sera reconnu et consacré en 1789 par l'art. 10 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* : « Nul ne peut être inquiété pour ses opinions même religieuses ». Un article longuement débattu et qui appelle commentaire, tant son sens et sa portée nous échappent.

1) À cette date, il faut le rappeler, les élus de l'Assemblée nationale se professent catholiques dans leur très grande majorité et ne songent nullement à réformer l'Église qui reste encore, pour quelque temps, seule religion admise à exercer publiquement son culte. C'est une liberté avant tout au bénéfice des hétérodoxes, dissidents, libertins ou philosophes.

2) Cette liberté de conscience (qui ne dit pas son nom) n'emporte pas liberté de culte : l'une est personnelle, l'autre est collective, dérivée de la première dont tout découle. De ce fait, en France, la liberté de culte n'a jamais été reconnue comme un droit de l'homme et du citoyen. Si elle est aujourd'hui acquise, elle le doit à la loi de 1905 qui a mis fin au système des « cultes reconnus » (les autres relevaient des autorités de police) et, sur un plan plus élevé, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948.

3) La Déclaration de 1789 et son art. 10 marquent le passage de la tolérance à la liberté : un changement de régime qui est un changement de nature. La tolérance, c'est l'exception qui confirme la règle ; la liberté, c'est ce qui abroge cette règle et confère à tous les mêmes droits sans exception. La *tolérance publique* est toujours précaire, révocable et, de toute façon, contenue dans les limites de sa concession ; les *libertés publiques* sont inaliénables et explosives, même si elles demeurent encadrées. Celui qui tolère, celui qui est toléré, chacun supporte l'autre (et cette contrainte reste une vertu privée) ; vivre libre s'apprend et oblige à intégrer la liberté d'autrui.

2 - Axiome catholique : « *De internis non judicat Ecclesia* » (L'Église ne juge pas du for interne : elle énonce des règles, sanctionne les infractions et, pour le reste, s'en remet à Dieu). Axiome civil : « *Foris ut mos est ; intus ut libet* » (En société, comme le veut l'usage ; en toi, à ta guise). Tout est affaire de frontière et de douaniers.



4) Liberté de conscience, liberté de culte, liberté d'association et de réunion, liberté de la presse ou de l'enseignement, la langue juridique française est techniquement précise. *Liberté religieuse* est une expression bien attestée au XIX^e siècle : elle relève du langage courant, sans prétention juridique, et elle exprime toujours une insatisfaction ou une appréhension devant ce qui la menace. Elle nous revient aujourd'hui de l'étranger, sans progrès dans la précision. Elle recouvre des réalités disparates et même inconnues du droit français comme la *libertas Ecclesiae* des canonistes. Elle entretient ainsi le flou dans la discussion. Elle reste néanmoins recevable, à titre récapitulatif, mais au pluriel : *les libertés religieuses*³.

Le langage n'est jamais innocent : singulier ou pluriel, le choix cache un enjeu lourd de conséquences. Les religions se pensent et se présentent volontiers comme un bloc, une totalité, et considèrent leur liberté comme un droit naturel ou inné, supérieur et antérieur à l'État. En régime laïque de « séparation », celui-ci les ignore comme entités juridiques et personnes morales : il ne connaît et ne reconnaît que des libertés en tout genre dont toute religion peut bénéficier ; il peut même créer des formes qui leur sont propres (p. ex., les associations culturelles ou un régime de protection sociale). C'était déjà le cas sous l'Ancien régime où l'Église gallicane ne jouissait, en tant que telle, d'aucune personnalité, et encore en régime concordataire où les « cultes reconnus » ne la possédaient qu'à travers une série d'établissements publics (fabriques, menses, consistoires, etc.). Bien plus, la vie des Églises ne se réduisait pas à l'exercice du culte : les congrégations, l'enseignement, la bienfaisance, l'édition, la presse, etc. relevaient d'autres règles.

Au droit inné revendiqué par les religions, la République laïque oppose ainsi le droit commun des libertés ouvertes à tous avec d'éventuelles spécificités. La situation a commencé à se compliquer quand les religions sont entrées dans le mécanisme des aides publiques et des exemptions fiscales, puisque celles-ci supposent des conditions et un contrôle. L'aide ne va jamais aux Églises, mais à leurs activités particulières, en relation avec l'utilité publique et l'intérêt général. La laïcité n'est pas simplement un régime qui attribue aux religions une position nouvelle dans la société ; elle est d'abord l'esprit nouveau qui a imposé cette modification.

La République ne demande aux Églises et religions rien de plus qu'une *attitude loyaliste*. Elles ont sans doute intérêt à voir plus loin et à entrer dans l'intelligence de cet esprit nouveau, fondateur d'une culture de la liberté individuelle et des libertés publiques, assez différente de ce qu'elles mettent sous le nom de « liberté religieuse ».

5) L'Église catholique accepte depuis Vatican II (Déclaration *Dignitatis humanae*, 1965) cette « liberté de conscience » qu'elle a longtemps condamnée en termes sévères (« une peste »). C'est un changement d'attitude et de langage qu'on voyait venir depuis Pie XI et dont nul ne peut raisonnablement contester l'importance. À considérer sa doctrine traditionnelle, c'est un

3 - La récente publication d'un monumental *Traité de droit français des religions* (Litec, 2003) relève en partie de cette critique, en ce sens que ce droit s'inscrit et s'explique dans le cadre plus général du droit de toute conscience au respect de ses libertés.



affinement et un approfondissement, dictés par les éléments nouveaux qu'elle a dû intégrer ; ce n'est en rien un revirement. Sans doute a-t-elle payé ce changement au prix fort : le deuil de la chrétienté aux deux niveaux d'une société chrétienne et d'un État chrétien, avec tous les ajustements exigés pour cette situation inédite.

Si la controverse est éteinte, le malentendu n'est pas pour autant dissipé, et il ne suffit pas de tourner la page : il faut rouvrir le dossier et entrer dans une explication de textes. Notre expression « liberté de conscience » est fortement codée et susceptible de bien des sens. Elle est en outre intraduisible en latin – la langue de l'Église –, qui préfère la concrétude du pluriel : *jura hominum* et *libertas conscientiarum*. Ce que nous appelons la « conscience » a une longue histoire, d'ailleurs mal connue⁴, qui correspond à l'émergence de la personne et à la montée de l'individualisme. Nous avons donc appris, difficilement, que l'on peut reconnaître à tout homme son éminente dignité, fût-il coupable des pires crimes, et son entière liberté de conscience, sous sa responsabilité, sans nécessairement reconnaître l'idée qu'il s'en fait et l'usage qu'il en fait. Cet accord possible est indispensable pour passer « de l'anathème au dialogue », et entrer ainsi dans ce qui fait la substance de notre laïcité : *un espace public ouvert à tous*, sans exclusion. En revanche, il en faut infiniment plus pour assurer la réconciliation des consciences. Une société peut se dire laïque dans la mesure où la *paix publique* résiste à l'épreuve de ces divisions qui ne concernent pas seulement la religion. La liberté de conscience est intégrale : loin de se borner au jugement sur la fin ultime de l'homme, elle s'exerce dans tous les domaines de la vie publique.

6) *Public*, le mot revient souvent et alimente une querelle dont on ne voit pas le bout dans un brouillard conceptuel difficile à percer.

Sous l'Ancien Régime, la religion catholique structurait la société, grâce à l'articulation de deux droits, civil et canonique (on était docteur *in utroque*), et des deux « pouvoirs », *spirituel et temporel* (ou, si l'on préfère, des deux « puissances », civile et ecclésiastique). Le droit moderne repose sur une autre distinction, *public et privé*, et sur sa propre suffisance. Le droit moderne repose sur une autre distinction, *public et privé*, et sur sa propre suffisance. Sous le Concordat, le culte était service public et ses ministres recevaient un traitement public ; l'enseignement et l'assistance étaient soit publics, soit privés, sans cloison étanche entre les deux formes ; les congrégations, par définition, étaient privées, reposant sur une agrégation volontaire. Les Églises n'étaient ni publiques, ni privées : elles n'avaient d'existence reconnue juridiquement qu'à travers les catégories définies par le droit, en particulier menses, fabriques et consistoires pour le culte.

L'existence d'un service public du culte n'entraînait aucune obligation d'en user : c'était pour chacun affaire de conscience, dont il décidait privément. La suppression de ce service par la loi de 1905 est devenue une source de confusion. L'État se retirait et abandonnait l'exercice du culte au droit commun, c'est-à-dire à la libre initiative de ceux qui voulaient en user, avec une restric-

4 - Nous avons plusieurs thèses sur l'idée de nature ou de bonheur au XVIII^e siècle : aucune sur l'idée de conscience.



tion d'ordre public : les fidèles devaient respecter les règles d'organisation du culte qu'ils suivaient quand celui-ci s'exerçait dans un édifice public. Pour le reste, rien n'était changé à la vie publique des Églises, si l'on excepte les mesures prises contre les congrégations principalement enseignantes et hospitalières.

C'est alors que la rhétorique s'en mêle. Pour les laïques, la religion n'est plus désormais qu'une « affaire privée ». Si ceux qui ont fait la loi le disent, c'est que c'est vrai et c'est ce que le catholicisme n'admet pas plus que le judaïsme. Que la religion soit affaire de conscience, ils n'en disconviennent pas, mais qu'elle se réduise à cette question personnelle, c'est ce qu'ils ne peuvent accepter : les hommes vivent en société et une société est autre chose qu'un agrégat d'individus.

En fait, la loi ne dit rien de tout cela, qui n'est pas son objet. Elle n'interdit pas de le penser, mais elle autorise aussi à penser que, pour qui sait en user, la liberté a des vertus insoupçonnées dont nul ne peut la priver. Si l'influence des Églises dans la société recule, ce n'est pas parce que la loi les exclut de la vie publique, mais avant tout affaire de société et de culture. La science est laïque, l'économique est laïque, les médias, les loisirs et le sport sont laïques, et ce sont eux qui façonnent les esprits plus encore et autrement que le catéchisme.

Si les Églises n'ont pas été exclues de la vie publique, il est vrai néanmoins que diverses mesures d'autorité y ont redimensionné leur place, mais aussi qu'elles-mêmes ont su occuper de nouvelles positions (on en nommera deux : le secours catholique et l'aumônerie militaire) et, en outre, que leur action n'a pas toujours un caractère confessionnel (ce qui montre une certaine « sécularisation interne »).

En revanche, – et on peut comprendre leur nostalgie –, elles ont bien perdu, progressivement, le *statut public* dont elles jouissaient. Elles restent une autorité ; elles ne sont plus un pouvoir. Elles se retrouvent aujourd'hui au civil dans la grande famille de ces corps intermédiaires – entre l'État et le citoyen – que la Révolution avait systématiquement détruits et que le XIX^e siècle a patiemment reconstitués. Peuvent-ils accepter de n'être que l'un d'entre eux ?

À ce titre, l'État, qui fait feu de tout bois, est disposé à reconnaître leurs spécificités et à y faire droit. Pourtant, elles apparaissent encore incertaines et hésitantes, faute d'une réflexion suffisamment avancée sur ce à quoi elles s'engageraient au nom de la laïcité. Faire valoir leur engagement social et civique, n'est-ce pas glisser sur la pente de la sécularisation au détriment de leur identité ? Accentuer la transcendance religieuse de leur message, n'est-ce pas se couper du mouvement de la société ? La laïcité en débat peut recevoir des Églises propositions ou admonestations sur les questions d'actualité en suspens. Elle ne les dispense pas d'un travail de réflexion sur elles-mêmes pour se mettre au clair avec ce qu'il faut bien appeler la *révolution laïque*⁵.

5 - Qu'on me permette de renvoyer à mon ouvrage récent, *Notre laïcité publique*, Paris, Berg International, 2003, 500 p.



Le droit interne des religions dans la jurisprudence du Conseil d'État

Emmanuel Tawil,
docteur en droit canonique,
chargé de cours à l'Institut de droit canonique de Strasbourg

Les confessions religieuses produisent des règles auxquelles sont soumis leurs membres. Ces droits et disciplines internes sont évidemment fort divers¹. Ce sont ces droits et disciplines internes aux confessions religieuses que l'on désigne par la formule générique de *droit interne des religions*². La République française, que l'article 1^{er} de la Constitution proclame laïque, prend en compte non seulement le fait religieux mais, également, le droit interne des religions.

Dans le cadre du régime des cultes issu des Articles organiques, régime toujours applicable en Alsace et en Moselle sous réserve de quelques évolutions de détail³, cette prise en compte était assumée par l'État. Ainsi, le Conseil d'État était compétent pour connaître du recours pour abus, susceptible d'impliquer les droits et disciplines internes des cultes reconnus⁴. Les administrativistes, par exemple Anselme Batbie dans son *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*⁵ ou Édouard Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*⁶, ont écrit sur ces questions. En revanche, dans le cadre du régime issu de la loi

1 - Francis Messner, « Du droit ecclésiastique au droit des religions : évolutions d'une terminologie », *Revue de droit canonique*, 1997, p. 157.

2 - Francis Messner, « Du droit ecclésiastique au droit des religions. Mutations terminologiques et représentations sociales », in *Traité de droit français des religions* (sous la direction de Francis Messner, Pierre-Henri Prélot et Jean-Marie Woehrling), Paris, Litec, 2003, n° 19, p. 10.

3 - Francis Messner, « Les évolutions du droit local alsacien-mosellan entre 1870 et 1945 », in *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne* (sous la direction de Brigitte Basdevant-Gaudemet et Francis Messner), Paris, PUF, coll. « Histoire », 1999, p. 77-92.

4 - Le recours pour abus au dix-neuvième siècle a été l'objet de deux études récentes, qu'il convient de consulter pour avoir une idée de la portée de cette procédure : Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Le Jeu concordataire dans la France du XIX^e siècle*, Paris, PUF, coll. « Histoire », 1988, XVI-298 pages ; Jacques Lafon, *Les Prêtres, les Fidèles et l'État*, Paris, Beauchesne, 1987, 372 pages.

5 - Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. 3, Paris, 1862, n° 42-157, p. 41-176.

6 - Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Paris, Berger-Levrault, 1888, p. 80 et s.



de séparation de 1905, on pourrait penser que l'État, qui refuse de donner une investiture publique aux confessions religieuses et entend les contenir dans une sphère privée⁷, se désintéresse du droit interne des religions. Il en résulterait que les droits internes des religions n'auraient aucune pertinence au regard de l'ordre juridique étatique. À première vue, le Conseil d'État semble réticent à prendre en compte le droit interne des religions. Par exemple, lorsqu'il contrôle les statuts civils des congrégations, le Conseil d'État veille à ce que ceux-ci ne contiennent pas de clause générale de renvoi au droit canonique. Par exemple, des dispositions statutaires relatives à la capacité juridique des membres d'une congrégation renvoyant aux constitutions canoniques « constituent une référence dont la portée ne peut être appréciée, dont le contenu est susceptible de variations et qui, placées sur le même plan que le Code civil, ne peuvent être insérées dans des statuts approuvés par un acte gouvernemental »⁸.

Cette première impression est erronée. En réalité, le droit interne des religions est pris en compte par le Conseil d'État. À cet égard, le droit français ne se distingue pas de celui des principaux pays de droit romano-germanique (par exemple la Belgique⁹, l'Allemagne¹⁰ ou l'Italie¹¹) ou de *common law* (par exemple les États-Unis¹²).

Il convient de distinguer la prise en compte du droit interne des religions en tant que telle, c'est-à-dire des ordres juridiques confessionnels, de plusieurs situations dans lesquelles des normes d'origine confessionnelle sont appliquées dans l'ordre juridique étatique, en tant que droit de l'État. Dans une telle situation une norme de droit interne des religions, tout en restant une norme de droit interne des religions, devient en même temps une norme de droit étatique. Le canadien Ernest Caparros a forgé un néologisme latin : au sujet du

7 - René Rémond, « Dialectique du cléricisme et de l'anticléricisme », in *Nouveaux enjeux de la laïcité*, Actes des colloques du 22 avril 1989 et des 26 et 29 mai 1989, Paris, Centurion, 1990, p. 29.

8 - CE Section de l'intérieur, note n° 350-190 du 3 décembre 1991.

9 - Rik Torfs, « The Autonomy of Churches in Belgium », in *Legal Position of Churches and Church Autonomy* (sous la direction de Hildegard Warnink), Leuven, Peeters, 2001, p. 83-110 ; Rik Torfs, « Church Autonomy in Belgium », in *Church Autonomy* (sous la direction de Gerhard Robbers), Frankfurt-am-Main, Peter Lang, 2001, p. 607-631.

10 - Gerhard Robbers, « The Church Autonomy in Germany », in *Legal Position of Churches and Church Autonomy* (sous la direction de Hildegard Warnink), *op. cit.*, p. 121-127.

11 - Gianni Long, « Church Autonomy and Religious Liberty in Italy », in *Church Autonomy* (sous la direction de Gerhard Robbers), *op. cit.*, p. 319-343.

12 - Robert A. Destro, « The Politics of Church Autonomy in the U.S.A. », in *Legal Position of Churches and Church Autonomy* (sous la direction de Hildegard Warnink), *op. cit.*, p. 187-219.



droit canonique, il a proposé, dès 1976, de parler de *civilizatio* pour désigner « l'intégration dans la législation [de l'État] de dispositions de droit canonique »¹³.

Le Conseil d'État est amené à connaître de ces deux types de situations. Parfois, il contrôle l'application de règles de droit interne des religions insérées dans l'ordre juridique étatique (deuxième partie). Par ailleurs, le Conseil d'État, sans que formellement le droit interne des religions soit une norme de référence de son contrôle, peut être amené à garantir son effectivité (première partie).

I. L'effectivité de règles de droit interne des religions non insérées dans l'ordre juridique étatique

Le Conseil d'État assure l'effectivité des règles de droit interne des religions non insérées formellement dans l'ordre juridique étatique. Il en est ainsi lorsqu'il assure le respect de normes prévoyant l'incompétence des pouvoirs publics, desquelles résulte une indépendance matérielle du droit interne des religions (A). De même, l'effectivité du droit interne des religions peut résulter de la couverture de celui-ci par les droits fondamentaux (B).

A. L'indépendance matérielle du droit interne des religions

La souveraineté implique « le pouvoir absolu et incontrôlable des États de se comporter dans les relations extérieures comme dans les relations domestiques, selon leur bon plaisir, sans aucune restriction que celles qu'ils auraient volontairement acceptées »¹⁴. Ainsi « les États, par principe, ne peuvent recevoir d'ordres, qu'ils proviennent d'autres États ou d'organismes internationaux »¹⁵. La souveraineté de l'État implique également que l'État détermine lui-même l'étendue des compétences qu'il entend exercer. Le domaine que le droit de l'État peut potentiellement régir « est toujours illimité, en tant qu'il est de l'essence d'un tel ordre juridique qu'il puisse régler la conduite des individus qui lui sont soumis, dans tous ses plans ou aspects »¹⁶. Et lorsque l'État exerce sa compétence dans un domaine, il considère que les collectivités religieuses lui sont soumises. Il résulte de la souveraineté de l'État que la compétence de l'État est potentiellement illimitée en matière religieuse et que

13 - Ernest Caparros, « La *civilizatio* du droit canonique », in *La norma en el derecho canonico, Actas del III Congreso Internacional de Derecho canónico, Pamplona, 10-15 de octubre de 1976*, Pamplona, Ediciones universidad de Navarra, 1976, t. 2, p. 737.

14 - N. Politis, *Nouvelles Tendances du droit international*, Paris, Hachette, 1927, p. 18-19.

15 - Chambre d'appel du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, 29 octobre 1997, *La Vallée de la Lasva*, IT-95-14-AR 108 bis, § 26.

16 - Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction de Charles Eisenmann, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1999, p. 23.



l'Église a l'obligation de respecter le droit de l'État. Au regard de la souveraineté de l'État, celui-ci dispose de la faculté de prévoir un contrôle de l'ensemble de l'activité des collectivités religieuses. Tout comme il peut décider de limiter la compétence de ses organes. La compétence normative potentiellement illimitée de l'État en matière religieuse est traditionnellement affirmée en France. Vivien, dans son rapport devant le Conseil d'État à l'occasion de l'affaire *Cardinal de Bonald* en 1845, affirmait que l'État peut « déterminer seul les limites de son autorité »¹⁷.

La plupart des régimes politiques français depuis la Révolution ont affirmé le principe de la soumission des religions au droit de l'État¹⁸. À certaines époques, il paraissait essentiel de rappeler ce principe, car pour les gallicans, « si l'on ne veut pas que l'État soit soumis à l'Église, il faut que l'Église soit soumise à l'État »¹⁹. Dans la mesure où l'État est souverain, les collectivités religieuses sont soumises à la volonté de l'État d'exercer sa propre compétence : elles n'ont pas la possibilité de modifier les règles de droit étatique ou, ce qui formellement reviendrait au même, de s'en exonérer. Dès lors, la soumission des collectivités religieuses au droit de l'État apparaît comme le corollaire de la souveraineté de celui-ci. Dire que la souveraineté implique la soumission des collectivités religieuses au droit de l'État revient à affirmer que les collectivités religieuses sont incompétentes pour connaître de questions temporelles. Les deux affirmations sont équivalentes dans la mesure où l'on définit le domaine temporel comme recouvrant l'ensemble des questions pour lesquelles l'État affirme sa compétence²⁰.

L'État, souverain, est susceptible donc de produire des normes dans tout domaine. Mais « il n'y a là qu'une virtualité, une possibilité abstraite : concrètement, pour étendue et envahissante que soit l'intervention étatique, le droit de chaque État se limite même quant à sa matière. Ce qui revient à dire que certaines matières ne font pas partie de son domaine, parce que l'État s'en désintéresse et n'a donc aucun motif de les prendre en considération, sans compter qu'un autre peut toujours les régler »²¹. Il est donc possible que l'État détermine un « espace juridiquement indifférent »²². Au sein de cet espace, Santi Romano considère « qu'un autre ordre juridique peut [...] prendre place et être, à son tour, pour le premier ordre qui reconnaît l'existence de ces sphères, indifférent aussi longtemps qu'il n'en franchit pas les limites. [...] Cet ordre pourra être juridique par lui-même »²³. Il y a donc « des matières entières que l'ordre de l'État exclut de son orbite »²⁴. Par ailleurs,

17 - Vivien, Rapport sur CE 9 mars 1845, *Cardinal de Bonald*, D. 1845, 3^e partie, p. 66.

18 - Adrien Dubieff et Victor Gottofrey, *Traité de l'administration des cultes*, t. 1, Paris, Société d'imprimerie et librairie administrative des chemins de fer Paul Dupont, 1891, n° 13, p. 12.

19 - Devilleuneuve, note sous CE 30 décembre 1839, *Évêque de Clermont*, S. 1839, 2^e partie, col. 54-55.

20 - Louis de Naurois, « Aux confins du droit privé et du droit public, la liberté religieuse », *Loc. cit.*, p. 275 ; « Le droit canonique devant les juridictions étatiques », *Année canonique*, 1982, p. 302-303.

21 - Santi Romano, *L'ordre juridique*, traduction de Lucien François et Pierre Gothot, préface de Philippe Francescakis, Paris, Dalloz, 2002, § 46, p. 151.

22 - *Ibid.*, § 47 p. 155.

23 - *Ibid.*, § 47 p. 155-156.

24 - *Ibid.*, § 47 p. 157.



dans certains cas, l'État accepte de reconnaître des effets civils à des actes adoptés par l'Église dans une matière placée hors de son champ de compétence²⁵. Cette analyse éclaire le droit français des religions, et notamment la jurisprudence du Conseil d'État impliquant les droits internes des religions. En effet, la jurisprudence du Conseil d'État précise l'étendue de l'incompétence des pouvoirs publics étatiques en matière religieuse, incompétence de laquelle résulte une indépendance matérielle du droit des religions. Cette indépendance se traduit par une liberté d'application du droit interne des religions, que garantit le Conseil d'État.

Lorsque seules sont concernées ces matières pour lesquelles les pouvoirs publics sont incompétents, les collectivités religieuses peuvent agir librement, sans craindre l'intervention étatique. Mais, si une matière que l'État entend régir par ses organes est impliquée, ceux-ci ont pleine compétence pour agir, y compris lorsque, simultanément, est concernée une matière pour laquelle les pouvoirs publics sont incompétents. Il faut garder à l'esprit que ce système est fondé sur un ensemble de normes prévoyant l'incompétence des pouvoirs publics. Lorsque le juge déclare qu'un acte étatique intervenu dans le domaine d'incompétence de l'État est nul ou inapplicable, il n'agit pas ainsi au motif que l'acte en question porte atteinte au domaine de compétence reconnu aux collectivités religieuses, mais parce que cet acte viole la norme étatique qui interdit aux pouvoirs publics d'intervenir dans une certaine matière. Il y a de nombreuses matières pour lesquelles les organes de l'État sont incompétents sur l'ensemble du territoire.

1) Les matières que « l'ordre de l'État exclut de son orbite » (Santi Romano)²⁶

Le Conseil d'État est intervenu pour préciser le domaine d'incompétence des organes de l'État.

Il est admis que le principe de laïcité implique l'incompétence dogmatique de l'État. En découlerait l'impossibilité pour l'État de faire le tri entre secte et religion en se fondant sur des motifs théologiques²⁷. Ce principe a un fondement ancien. Ainsi, en 1845, Vivien affirmait dans un rapport au Conseil d'État que « l'État ne doit pas intervenir dans les questions du dogme et de la foi »²⁸.

L'État s'est déclaré incompétent pour connaître de tout ce qui relève de la police intérieure des édifices religieux, même lorsque ceux-ci appartiennent au domaine public²⁹. Au XIX^e siècle, l'article 9 des Articles organiques du culte catholique prévoyait que « le culte catholique sera exercé sous la direction des archevêques et évêques dans leurs diocèses, et sous celle des curés dans leurs

25 - *Ibid.*, § 47 p. 158. Voir également § 42, p. 139.

26 - *Ibid.*, § 47 p. 157.

27 - Guy Bedouelle et Jean-Paul Costa, *Les laïcités à la française*, Paris, PUF, 1998, p. 240.

28 - Vivien, Rapport sur CE 9 mars 1845, *Cardinal de Bonald*, D. 1845, 3^e partie, p. 66.

29 - Sur la police intérieure des édifices religieux, voir Pierre-Henri Prélôt, « La neutralité religieuse de l'État », in *Traité de droit français des religions* (sous la direction de Francis Messner, Pierre-Henri Prélôt et Jean-Marie Woehrling), *op. cit.*, n° 1088-1097, p. 507-511.



paroisses ». La jurisprudence qualifiait ce pouvoir du prêtre dans l'édifice religieux de « police intérieure de l'église »³⁰. La loi du 9 décembre 1905 ne mentionne rien de tel. Toutefois, la jurisprudence du Conseil d'État, continue de qualifier le pouvoir du ministre du culte de pouvoir de police³¹. Le ministre du culte affectataire dispose de prérogatives exclusives. L'affectataire est compétent pour « régler les heures d'ouverture de l'église, en vue d'assurer aux fidèles la pratique de leur religion »³². Lui appartient également « la réglementation de l'usage des biens laissés par les lois susvisées à la disposition des fidèles »³³. De manière générale, l'affectation légale a pour conséquence de limiter les compétences qui appartiennent au maire en vertu de son pouvoir de police générale³⁴. Par exemple, le maire ne peut pas user de ses pouvoirs de police administrative générale pour « régler l'usage du mobilier de l'église par les fidèles »³⁵. Il n'a pas le droit de se mêler des questions d'utilisation du mobilier culturel, qui relèvent exclusivement de la compétence du ministre du culte³⁶.

Le maire n'est pas autorité religieuse : il ne lui appartient pas d'agir dans le domaine culturel. La jurisprudence relative aux sonneries de cloches éclaire ce principe, en refusant toute intervention des pouvoirs publics visant à se substituer aux autorités religieuses³⁷. Celle relative à la consécration de nouvelles cloches a donné lieu à l'affirmation de l'incompétence de l'État en matière rituelle³⁸.

Dans l'arrêt *Saihol* de 1889, le Conseil d'État avait affirmé « qu'il est de règle et de tradition constante, dans le droit public français, que si les membres du clergé ne relèvent que de leurs supérieurs ecclésiastiques dans les questions d'ordre purement religieux, ils n'en restent pas moins soumis à la haute discipline du Gouvernement en ce qui touche leurs rapports avec le pouvoir civil et les observations des lois de l'État »³⁹. Ce principe est aujourd'hui encore pertinent lorsque des ministres du culte sont payés par l'État. Ainsi, en Alsace et en Moselle, la révocation d'un desservant par l'évêque n'est pas susceptible

30 - Voir CE 22 novembre 1907, *Abbé Voituret*, Leb., p. 848, D. 1909, 3^e partie, p. 33. Aujourd'hui encore, le tribunal administratif de Strasbourg fait référence à cette notion (TA Strasbourg 19 mars 1981, *Keppi*, Service doc. IDL ; voir également, Francis Messner, « Régime des cultes, caractères et principes généraux, police des cultes », *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, fasc. n° 230, 2000, n° 31, p. 10).

31 - CE 3 mai 1918, *Abbé Piat*, Leb., p. 409. La même formule est reprise dans la jurisprudence postérieure (Voir, par exemple, CE 26 décembre 1930, *Abbé Tisseire*, Leb., p. 1115 et CE 24 mai 1938, *Abbé Touron*, Leb., p. 462).

32 - CE 24 février 1912, *Abbé Sarralongue*, Leb., p. 251.

33 - CE 20 juin 1913, *Abbé Arnaud et al.*, Leb., p. 727.

34 - CE 7 mars 1913, *Lhuillier et al.*, Leb., p. 323 ; CE 26 décembre 1913, *Abbé Lhuillier et al.*, Leb., p. 1295.

35 - CE 4 août 1916, *Abbé Prudhommeaux*, Leb., p. 355. Voir également CE 23 mai 1928, *Sieur Vieuille*, Leb., p. 663.

36 - CE 15 janvier 1937, *Sieurs de Bonnafos et al.*, Leb., p. 48.

37 - CE 19 juin 1914, *Abbé Collée*, Leb., p. 727 ; CE 4 août 1927, *Sieur Lacube et al.*, Leb., p. 936. ; CE 26 décembre 1930, *Abbé Tisseire*, Leb., p. 1114 ; CE 4 janvier 1936, *Abbé Chigot*, Leb., p. 11 ; CE 3 février 1911, *Bouvard*, Leb., p. 132, D. 1913, 3^e partie, p. 16 ; CE 26 décembre 1930, *Abbé Tisseire*, Leb., p. 1114.

38 - CE 8 février 1933, *Sieur Boumanne*, Leb., p. 164-165. Voir également CE 21 juin 1933, *Sieur Normand*, Leb., p. 661.

39 - CE 1^{er} février 1889, *Abbé Saihol*, Leb., p. 27-28.



d'être contrôlée par les pouvoirs publics⁴⁰, ce que le Conseil d'État affirmait déjà au dix-neuvième siècle⁴¹.

Dans le cadre de la loi de 1905, les rapports entre les aumôniers et leurs supérieurs religieux ne peuvent pas, en tant que tels, être l'objet d'un contrôle des pouvoirs publics. Si la nomination des aumôniers présents dans les services publics suppose l'accord des autorités ecclésiastiques et des pouvoirs publics, il est possible que leur révocation intervienne à l'initiative des pouvoirs publics agissant seuls⁴². En revanche, l'État n'est pas compétent pour faire obstacle à la décision par laquelle les autorités religieuses entendent mettre fin au ministère d'un aumônier. Au contraire, l'État est lié par cette décision, dont il doit tirer les conséquences. Ce principe résulte clairement de l'arrêt *Pont* de 1980. M. Pont, aumônier protestant au Centre hospitalier de Montpellier, a été placé par sa hiérarchie ecclésiastique en situation d'arrêt de ministère. En conséquence, le Centre hospitalier de Montpellier a mis un terme au contrat qui le liait à cet aumônier qui n'était plus reconnu par la hiérarchie de son Église. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Labetoulle a souligné que l'administration ne peut pas « apprécier la validité de la décision ecclésiastique »⁴³. Elle est, en quelque sorte, dans une situation de compétence liée⁴⁴. En cas de litige, le juge administratif doit seulement « s'assurer [que la décision ecclésiastique] existe »⁴⁵, en s'inspirant de la théorie de l'apparence⁴⁶. Le Conseil d'État a suivi son commissaire du gouvernement. Il a constaté l'existence de la décision ecclésiastique et estimé que les pouvoirs publics étaient tenus de tirer les conséquences de cette décision, en mettant un terme aux fonctions de M. Pont⁴⁷. Dans son arrêt du 27 mai 1994, *Bourges*, le Conseil d'État a étendu cette solution aux décisions de mutation prises par les autorités religieuses⁴⁸. Il résulte ainsi clairement de l'arrêt *Pont* et de l'arrêt *Bourges* que « les aumôniers servant dans des établissements publics ou des services publics dépendent de leur hiérarchie religieuse, si bien que les décisions ou propositions émanant de celle-ci lient les autorités civiles ou militaires »⁴⁹.

Il est possible que l'incompétence des organes de l'État varie au sein même du territoire français, selon la région et les cultes concernés. Par exemple, découle de la loi de 1905 l'incompétence de l'État pour nommer les ministres des cultes⁵⁰. En revanche, en Alsace et en Moselle, l'État intervient, s'agissant du culte catholique, lors de la nomination des évêques diocésains⁵¹ et des

40 - CE 2 décembre 1981, *Siegel*, *Leb.*, p. 620.

41 - CE 16 janvier 1846, *Brebiën*, *Leb.*, p. 15 ; CE 30 novembre 1868, *Faure*, *Leb.*, p. 1109.

42 - CE 7 mai 1997, *Dodu*, req. n° 152601.

43 - Daniel Labetoulle, conclusions sur CE 17 octobre 1980, *Pont*, *A.J.D.A.* 1981, p. 258.

44 - *Ibid.*

45 - *Ibid.*

46 - *Ibid.*

47 - CE 17 octobre 1980, *Pont*, *A.J.D.A.* 1981, p. 258.

48 - CE 27 mai 1994, *Bourges*, *Leb.*, p. 263.

49 - Guy Bedouelle et Jean-Paul Costa, *Les laïcités à la française*, *op. cit.*, p. 86.

50 - Paris 28 janvier 1915, *D.* 1916, 2^e partie, p. 176.

51 - René Metz, « Les nominations épiscopales en France et plus spécialement dans les diocèses de Strasbourg et de Metz », *Revue de droit canonique*, 1958, p. 111. Il est admis que le droit accordé au chef de l'État en 1801 concerne non seulement les évêques diocésains, mais aussi les évêques coadjuteurs avec droit de succession.



évêques auxiliaires⁵², des vicaires généraux, des chanoines et des curés. De même, l'État intervient lors de la nomination de la plupart des ministres des cultes protestants (luthérien et réformé) et israélite⁵³. Si en régime de séparation, l'État ne peut évidemment fixer les circonscriptions religieuses⁵⁴, en Alsace-Moselle, les organes de l'État exercent une compétence⁵⁵.

2) L'effectivité du droit interne des religions

La plupart des normes de droit interne des religions ne produisent aucun effet dans l'ordre juridique français. Ces actes sont effectifs, en ce sens qu'ils sont exécutoires et susceptibles d'être mis à exécution. Mais, cette exécution a lieu sans que l'autorité étatique soit obligée d'en tirer une quelconque conséquence. Pris en dehors de lui, parce que l'État reconnaît que ces domaines ne relèvent pas de son champ de compétence, l'État n'a pas besoin d'en tirer des conséquences dans son ordre juridique. Le baptême⁵⁶, la communion⁵⁷, la confession et les cérémonies funéraires⁵⁸, et plus largement l'ensemble de la discipline de l'Église en matière liturgique⁵⁹ produisent pleinement leurs effets sans que l'État ait besoin d'intervenir. En revanche, il arrive que les pouvoirs publics soient tenus de tirer les conséquences de l'application des normes de droit interne des religions dans l'ordre juridique religieux.

Ainsi, la « disposition et la jouissance [des lieux de culte appartenant au domaine public ne] peuvent [...] être légalement attribuées qu'en conformité des règles d'organisation générale de ce culte, lesquelles comprennent, en ce qui concerne la religion catholique, la soumission à la hiérarchie ecclésiastique »⁶⁰. Or, en vertu des règles d'organisation du culte catholique, la désignation des ministres du culte catholique appartient exclusivement à l'évêque⁶¹. La jurisprudence est toujours fidèle à ces principes. Elle a précisé que, dès lors qu'un édifice est affecté au culte catholique, les autorités de l'État sont tenues de tirer les conséquences des décisions de l'évêque quant à la détermination de la personne qui exercera les fonctions de ministre du culte. Ainsi, si un évêque a nommé un prêtre curé ou desservant, les autorités de l'État doivent en tirer toutes les conséquences. Ce prêtre doit pouvoir occuper

52 - René Metz, *Églises et État en France*, Paris, Cerf, 1977, p. 121.

53 - *Traité de droit français des religions* (sous la direction de Francis Messner, Pierre-Henri Prélôt et Jean-Marie Woehrling), *op. cit.*, n° 2183-2285, p. 975-1007.

54 - CE avis 13 décembre 1923.

55 - Articles 2 et 9 du Concordat de 1801 ; articles 61 et 62 des Articles organiques, dans leur rédaction issue du décret du 10 janvier 2001 ; article 12, I du décret du 10 janvier 2001, modifiant l'article 1^{er} du décret du 26 mars 1852, JO éd. L.D., 13 janvier 2001, p. 639 ; article 14, VI du décret du 10 janvier 2001, modifiant l'article 60 de l'ordonnance du 15 mai 1844, JO éd. LD, 13 janvier 2001, p. 639.

56 - CE 5 juillet 1859, *Brevet*, Leb., p. 906 ; CE 29 janvier 1894, *Sieur Chassaing*, Leb., p. 753 ; Trib. civ. Épinal 11 mai 1910, D. 1910, 5^e partie, p. 35.

57 - CE 14 janvier 1860, *Guillot*, Leb., p. 936 ; CE 2 mai 1868, *Amblard c. abbé Denoye*, D. 1869, 3^e partie, p. 101 ; Commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'État, 17 décembre 1870, *Duval*, Leb. 1871, p. 445.

58 - CE 13 juin 1827, in Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. 3, *op. cit.*, n° 140 p. 151. Voir également CE 15 septembre 1843, *Cosson*, Leb., p. 528 et CE 3 mars 1866, DP 1867, 3^e partie, p. 53.

59 - TGI Argentan 1^{er} février 1973, JCPG 1973, II-17473, D. 1974, J., p. 791.

60 - CE 23 janvier 1920, *Abbé Barraud et al.*, Leb., p. 75.

61 - Corneille, conclusions sur CE 14 février 1913, *Abbé Guillon et al.*, Leb., p. 212.



l'édifice et « en régler l'usage de manière à assurer aux fidèles la pratique de leur religion »⁶². En cas de révocation ou de transfert d'un ministre du culte, les autorités de l'État doivent également en tirer toutes les conséquences. Le Conseil d'État a expressément reconnu qu'une décision épiscopale de transfert ou de révocation a « pour conséquence nécessaire le retrait de la disposition de l'édifice »⁶³. Par ailleurs, lorsque la commune a décidé de nommer le ministre du culte catholique gardien de l'édifice dont il est affectaire, et de lui allouer une indemnité de gardiennage, la révocation ou le transfert implique l'obligation pour les autorités communales de mettre un terme aux fonctions de gardien de l'ex-ministre du culte⁶⁴.

B. La couverture de normes de droit interne des religions par les droits fondamentaux de valeur constitutionnelle

Il est possible que, par le biais des droits fondamentaux dont les collectivités religieuses bénéficient, et en particulier de la liberté religieuse, celles-ci se voient reconnaître le droit d'appliquer une norme de droit interne des religions. En effet, comme le souligne Louis-Léon Christians, « garantir l'exigence de [la liberté religieuse] semble [...] exiger de l'État une certaine prise en considération des règles confessionnelles. Manifester et vivre sa croyance au sein de la société implique en effet la liberté de se conformer à des règles auxquelles on se soumet en raison de sa foi. À ce point de vue, la prise en compte étatique des règles confessionnelles est un aspect direct de la liberté de pratique religieuse »⁶⁵.

Mais ce n'est pas la norme de droit interne des religions qui reçoit alors application dans l'ordre étatique. En réalité, c'est le droit fondamental en cause qui est exercé, cet exercice impliquant qu'il soit laissé à la collectivité religieuse le droit d'appliquer cette norme⁶⁶. Si ces dispositions de droit étatique sont écartées, c'est parce qu'elles sont contraires au droit fondamental en question, garanti par la Constitution. Les droits fondamentaux sont alors, en quelque sorte, la couverture justifiant l'application du droit interne des religions.

La jurisprudence du Conseil d'État a souligné la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression et de manifestation des croyances religieuses en rattachant ce principe à la laïcité de l'État. Dans son avis du 27 novembre 1989, le Conseil d'État a reconnu aux élèves de l'enseignement public, « le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires »⁶⁷. Dans son arrêt *Kherouaa* du 2 novembre 1992, le Conseil d'État a souligné que « la liberté d'expression [est] reconnue aux élèves et garantie par les principes de neutralité et de laïcité de l'enseignement

62 - CE 20 juin 1913, *Abbé Arnaud et al.*, Leb., p. 726.

63 - CE 24 avril 1981, *Abbé Cousseran*, req. n° 21418 (inédit).

64 - *Ibid.*

65 - Louis-Léon Christians, *La religion comme hétéronome, Contribution à l'étude comparée des recompositions juridiques du religieux*, Th., Droit canonique, Institut catholique de Paris – Université Paris Sud, 2001, p. 33.

66 - *Ibid.*, p. 35.

67 - CE avis 27 novembre 1989, in Yves Gaudemet, Bernard Stirn, Thierry Dal Farra, Frédéric Rolin, *Les grands avis du Conseil d'État*, Paris, Dalloz, seconde éd., 2001, n° 22.



public »⁶⁸. Le principe n'a été expressément reconnu par le Conseil d'État que dans le cadre scolaire. Il permet notamment le port de signes à caractère religieux⁶⁹, autorisant ainsi les usagers qui appartiennent à des collectivités religieuses dont le droit interne impose le port d'un signe (par exemple d'un foulard ou d'un voile) à se soumettre à ce dernier.

Dans sa décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel a affirmé la valeur constitutionnelle de la liberté d'association⁷⁰. Le principe constitutionnel de liberté d'association interdit au législateur de prévoir une déclaration préalable à la constitution de l'association. Il est généralement admis que des associations à caractère religieux peuvent se former, dans le cadre de droit commun découlant du principe constitutionnel de liberté d'association. De même, bénéficient de ce régime les associations culturelles. En effet, dans un avis du 14 novembre 1989, le Conseil d'État soulignait que les associations culturelles « constituent [...] une forme particulière d'association déclarée »⁷¹. Ainsi, lorsque les associations culturelles prévoient dans le contrat d'association une disposition qui par ailleurs constitue du droit interne de cette religion elles adoptent une simple disposition contractuelle. Cette norme n'a alors de valeur qu'en tant que norme contractuelle et elle ne saurait déroger aux normes législatives et réglementaires qui lui sont supérieures. En cas de contrariété, ce serait la norme étatique qui s'imposerait. Toutefois, dans le cas où la norme étatique constituerait une ingérence dans la liberté d'association, elle serait en principe inconstitutionnelle.

La couverture du droit interne des religions par les droits fondamentaux constitutionnels trouve sa limite dans la théorie des droits fondamentaux elle-même. En effet, des limitations sont possibles si elles sont fondées sur un motif d'intérêt général. Ainsi, dans son avis du 27 novembre 1989, le Conseil d'État admet-il deux types de motifs d'intérêt général susceptibles de fonder une limitation de la liberté d'expression ou de manifestation des croyances religieuses des élèves dans les établissements scolaires : le fonctionnement normal du service public (la nécessité d'assurer le déroulement des activités d'enseignement ; la nécessité d'assurer le rôle éducatif des enseignants) et le maintien de l'ordre public dans l'établissement (santé et sécurité des élèves et enseignants ; maintien de l'ordre dans l'établissement). De même, en cas de collision des droits fondamentaux, le juge admet des limitations. Le Conseil d'État a souligné que la liberté d'expression et de manifestation des croyances religieuses reconnue aux élèves de l'enseignement public devait s'exercer « dans le respect [...] de la liberté d'autrui »⁷².

68 - CE 2 novembre 1992, *Kherouaa*, Leb., p. 389.

69 - « Le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses » (CE avis 27 novembre 1989, in *Les grands avis du Conseil d'État*, op. cit., n° 22). Voir également CE 2 novembre 1992, *Kherouaa*, Leb., p. 389.

70 - Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, in Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 12^e éd., 2003, n° 19.

71 - CE section de l'Intérieur, avis n° 346-040 du 14 novembre 1989.

72 - CE avis 27 novembre 1989, in *Les grands avis du Conseil d'État*, op. cit., n° 22. Voir également CE 20 mai 1996, *Sieur Ali*, RFDA 1997, p. 169.



II. Le contrôle de l'application des règles de droit interne des religions insérées dans l'ordre juridique étatique

L'une des modalités prises par le gallicanisme juridique était l'affirmation selon laquelle l'État peut contrôler la formation du droit canonique par les autorités de l'Église catholique et imposer à celle-ci le respect de règles que l'Église catholique considère comme non pertinentes au regard de l'ordre canonique. Ces éléments traditionnels du droit gallican d'Ancien Régime ont réapparu dans les Articles organiques du culte catholique de 1802, qui sont toujours en vigueur en Alsace et en Moselle (A) et certains éléments ont été maintenus dans le cadre du régime de Séparation (B) Toutefois, la jurisprudence et la pratique du Conseil d'État ont érodé ce qu'il y avait de plus obsolète dans l'un et l'autre.

A. La survie des contrôles gallicans en droit local d'Alsace-Moselle

Dans le cadre du régime des cultes reconnus issu des lois de germinal an 10, le Conseil d'État était amené à intervenir pour contrôler la formation du droit interne des collectivités religieuses. Ce contrôle était certes prévu (et le demeure formellement en Alsace-Moselle) pour les quatre cultes reconnus, dans le cadre du recours pour abus. Mais le contrôle porté sur l'activité normative de l'Église catholique prenait également la forme de l'exequatur.

1) L'insertion du droit interne des religions dans l'ordre juridique

Il est possible que le droit interne des religions soit inséré dans l'ordre juridique étatique sur le fondement d'une habilitation normative des cultes reconnus en Alsace Moselle. Il y a alors une obligation étatique de respecter le droit interne des religions. Mais il arrive également que, prétendant insérer du droit interne des religions dans l'ordre juridique français, l'État forge un droit distinct, en substance, du droit de la collectivité religieuse. Tel était le cas des principes gallicans, qui constituaient un pseudo-droit canonique que l'État entendait imposer à l'Église catholique.

a) L'obligation de respecter le droit interne des religions

L'article 69 des Articles organiques du culte catholique disposait :

« Les évêques rédigeront les projets de règlements relatifs aux oblations que les ministres du culte sont autorisés à recevoir pour l'administration des sacrements. Les projets de règlements rédigés par les évêques ne pourront être publiés ni autrement mis à exécution qu'après avoir été approuvés par le Gouvernement ».

La jurisprudence du Conseil d'État avait clairement précisé la nature de l'acte épiscopal fixant le casuel. En effet, pour le Conseil d'État si un prêtre percevait des droits plus élevés que ceux fixés au tarif, il y avait contravention à un



règlement, et donc lieu à recours pour abus en application de l'article 6 des Articles organiques⁷³. Était également prévue la compétence de l'évêque pour établir les règlements des séminaires⁷⁴ et des chapitres cathédraux⁷⁵.

Au XIX^e siècle, le Conseil d'État ne s'était pas prononcé sur l'existence d'une habilitation normative des autorités des cultes protestants. Mais, en l'absence même de disposition habilitant expressément les organes dirigeants des cultes Luthérien et Réformé à agir en ce sens, la jurisprudence du tribunal administratif de Strasbourg a considéré qu'ils peuvent créer des services communs. Le tribunal administratif a, dans une décision du 30 décembre 1996, admis la création du Conseil commun de l'Église de la Confession d'Augsbourg d'Alsace et de Lorraine et de l'Église réformée d'Alsace et de Lorraine⁷⁶. Par ailleurs, il est possible que ces églises créent d'autres organes communs⁷⁷. Le tribunal administratif de Strasbourg considère que les normes ainsi adoptées par les cultes protestants sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir⁷⁸.

b) L'obligation de respecter un pseudo-droit interne des religions

Il est arrivé que l'État ne se contente pas de contrôler l'application du droit interne des religions et franchisse un pas de plus. L'État opère alors un tri entre les règles de droit interne des religions, voire impose des règles contraires à celles posées par les collectivités religieuses. Telle était la situation en France jusqu'à la loi de 1905.

En effet, l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'église gallicane était le quatrième cas d'ouverture du recours pour abus. La liste de ces principes, pour la plupart contraires à la doctrine et au droit de l'Église catholique, a été notamment établie par Pierre Pithou en 1594 dans son ouvrage sur les *Libertés de l'Église gallicane rédigées en 83 articles*. En 1862, Anselme Batbie remarquait que ce texte est « accepté et appliqué comme une loi »⁷⁹. Ces dispositions étaient renforcées par le décret du 25 février 1810, qui introduisait de nouveau en droit français la *Déclaration des quatre articles de 1682*, texte gallican condamné par Rome⁸⁰, défendant notamment la doctrine conciliariste. La jurisprudence du Conseil d'État, jusqu'à la loi de 1905, n'hésitait pas à fonder des déclarations d'abus sur la violation des libertés gallicanes⁸¹.

73 - CE 4 mars 1830, *Gancel et al. c. Partie*, in Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. 3, *op. cit.*, n° 101, p. 100 ; CE 25 juillet 1895, *Saint-Geoirs*, *Leb.*, p. 895.

74 - Articles 11 et 23 des Articles organiques du culte catholique.

75 - Article 11 des Articles organiques du culte catholique.

76 - TA Strasbourg 30 décembre 1996, *Meyer*, service doc. IDL (inédit).

77 - *Ibid.*

78 - *Ibid.*

79 - Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. 3, *op. cit.*, n° 135, p. 142

80 - Alexandre VIII, Constitution *Inter Multiplices* du 4 août 1690, Denz. 2285.

81 - Voir notamment CE 21 mars 1837, *Mgr de Quélen*, S. 1837, 2^e partie, col. 196 ; CE 9 mars 1845, *Cardinal de Bonald*, *Leb.*, p. 154 ; CE 6 avril 1857, *Évêque de Moulins*, *Leb.*, p. 821 ; CE 28 avril 1883, *Évêque d'Annecy*, *Leb.*, p. 990 ; CE 28 avril 1883, *Évêque de Langres*, *Leb.*, p. 991 ; CE 28 avril 1883, *Évêque de Viviers*, *Leb.*, p. 991 ; CE 28 avril 1883, *Archevêque d'Albi*, *Leb.*, p. 992.



L'article 6 des Articles organiques du culte catholique faisait référence aux « canons reçus en France ». Un problème particulièrement délicat était de déterminer quelles sont ces règles, personne n'étant en mesure d'en fixer clairement la liste⁸². Déjà au XIX^e siècle, la référence aux « canons reçus en France » était « à peu près inapplicable »⁸³. De 1801 à 1905, il n'y a eu d'ailleurs que peu de jurisprudence du Conseil d'État se référant expressément aux canons reçus en France⁸⁴.

Sous la troisième République, immédiatement après le retour de l'Alsace-Moselle sous souveraineté française, ces dispositions de droit canonique gallican étaient en vigueur dans l'ordre juridique français⁸⁵. Mais, ils ont peut-être été abrogés du fait de l'adoption du principe de laïcité par les constitutions de 1946 ou de 1958. En effet, sont abrogée, en vertu de la théorie de l'abrogation implicite, les « normes législatives antérieures à la Constitution et manifestement incompatibles avec elle »⁸⁶.

2) *Les contrôles*

Au XIX^e siècle, le Conseil d'État assurait le respect du droit interne des religions inséré dans l'ordre juridique étatique par le biais de l'exequatur et du recours pour abus.

a) **L'exequatur**

Les Articles organiques du culte catholique avaient unilatéralement soumis certains actes ecclésiastiques à une procédure d'*exequatur*. Ces dispositions législatives toujours en vigueur en Alsace et en Moselle sont parfois mises en œuvre. L'article 1^{er} des Articles organiques disposait :

« Aucune bulle, bref, rescrit, décret, mandat, provision, signature servant de provision, ni autres expéditions de la cour de Rome ne concernant que les particuliers, ne pourront être reçus, publiés, imprimés, ni autrement mis à exécution sans l'autorisation du Gouvernement ».

82 - Voir néanmoins, Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose, 4^e éd., 1903, p. 152 ; M. Gaudry, *Traité de la législation des cultes*, t. 1, Paris, Auguste Durand, 1856, p. 400-402 ; Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. 3, *op. cit.*, n° 114, p. 117-118.

83 - M. Gaudry, *Traité de la législation des cultes*, *op. cit.*, p. 406.

84 - Voir, néanmoins, CE 7 avril 1855, *De Rochemur Saint Cyr*, Leb., p. 865.

85 - Voir, au sujet du décret du 25 février 1810 qui déclare l'édit de 1682 loi générale de l'Empire, Jules Régula, *Le Droit applicable en Alsace et en Moselle*, Paris, Dalloz, 1938, n° 2261 et 2264, p. 138.

86 - Emmanuelle Mignon, conclusions sur CE 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignants du second degré*, *Revue de droit canonique*, 2002 (à paraître).



L'article 3 des Articles organiques prévoyait :

« Les décrets des Synodes étrangers, même ceux des conciles généraux, ne pourront être publiés en France avant que le Gouvernement en ait examiné la forme, leur conformité avec les lois, droits et franchises de la République française, et tout ce qui, dans leur publication, pourrait altérer ou intéresser la tranquillité publique ».

Au dix-neuvième siècle, il semblait nécessaire « à l'indépendance du gouvernement de prévenir et d'empêcher toute autorité venant d'une législation étrangère »⁸⁷. Les articles 1 et 3 apparaissaient ainsi comme « la conséquence nécessaire de la souveraineté de l'État »⁸⁸. En principe tous les textes romains étaient soumis à la procédure de l'article 1^{er} des Articles organiques, qui faisait intervenir le Conseil d'État, car celui-ci rendait un avis avant que le gouvernement n'autorise, ou non, le texte romain. De nombreuses catégories d'actes ont été vérifiées⁸⁹, y compris si le texte romain intervenait en matière dogmatique⁹⁰. Par exemple, un décret du 21 février 1855 a reçu les lettres apostoliques données le 8 décembre 1854 touchant la définition dogmatique de l'immaculée conception de la Vierge Marie⁹¹. À l'origine, il n'y avait aucune exception à l'article 1^{er} des Articles organiques : tous les textes étaient concernés y compris les brefs de la Sainte Pénitencerie. Mais l'article 1^{er} du décret du 28 février 1810 avait exempté les rescrits de la Sainte Pénitencerie du mécanisme de l'article 1^{er} des Articles organiques⁹². Le Conseil d'État a interprété largement cette exemption en considérant que l'article 1^{er} des Articles organiques était inapplicable aux dispenses d'empêchement de mariage⁹³. En revanche, le décret de 1810 ne concernait pas les décisions romaines rendues en matière contentieuse après appel contre une sentence archiépiscopale⁹⁴.

87 - Adrien Dubieff et Victor Gottofrey, *Traité de l'administration des cultes*, t. 1, *op. cit.*, n° 392, p. 326.

88 - *Ibid.*, n° 393, p. 327.

89 - Notamment : publication du texte pontifical annonçant un Jubilé ; institution canonique d'évêques ; institution canonique d'évêques *in partibus* ; octroi du titre de Protonotaire apostolique ; octroi du titre de comte romain ; bulles ou brefs permettant aux membres de chapitres métropolitains ou cathédraux de porter une décoration sur leur habit de chœur ; institution canonique de la Grande aumônerie impériale ; désignation d'un prélat pour conférer l'institution canonique aux chanoines du premier ordre et au primicier du chapitre de Saint-Denis ; acte plaçant sous la juridiction de la Grande aumônerie une chapelle funéraire construite à Ajaccio ; modification de la constitution du chapitre de Saint-Denis ; acte déclarant que le primicier du chapitre de Saint-Denis a tous les droits, pouvoirs et privilèges des évêques dans leur diocèse ; acte pontifical accordant des pouvoirs spirituels aux aumôniers de la flotte ; autorisation d'évêques et de leurs successeurs à joindre à leur titre ceux d'évêchés supprimés ; réunion d'un évêché à une métropole ; réunion à un diocèse de paroisses incorporées par erreur à un autre à l'étranger ; modification de circonscriptions ecclésiastiques (*Ibid.*, n° 401-403, p. 335-337).

90 - *Ibid.*, n° 398, p. 331.

91 - *Ibid.*, n° 398, p. 331-332.

92 - « Les brefs de la Pénitencerie, pour le for interne seulement, seront mis à exécution sans autorisation » (Article 1^{er} du décret du 28 février 1810).

93 - CE 28 avril 1883, *Évêque d'Annecy*, Leb., p. 990 ; CE 28 avril 1883, *Évêque de Langres*, Leb., p. 991 ; CE 28 avril 1883, *Évêque de Viviers*, Leb., p. 991 ; CE 28 avril 1883, *Archevêque d'Albi*, Leb., p. 992.

94 - CE 20 juin 1867, *Abbé Roy*, D. 1867, 3^e partie, p. 68.



La procédure d'*exequatur* permettait de vérifier que l'Église catholique respectait le droit canonique gallican. Ainsi, le Conseil d'État refusait traditionnellement que la réception des décisions des dicastères romains soit autorisée sur le fondement de l'article 1^{er} des Articles organiques⁹⁵.

La loi de 1905 a eu pour conséquence la disparition de ces procédures d'*exequatur*. Mais l'article 1^{er} et l'article 3 des Articles organiques sont toujours en vigueur pour les trois départements d'Alsace et de Moselle. En pratique, l'article 1^{er} des Articles organiques est seulement mis en œuvre lors de la nomination des évêques diocésains de Strasbourg et de Metz, de leurs auxiliaires et de leurs coadjuteurs. Toutefois, la procédure d'*exequatur* a été mise également en application afin de procéder à la réception de la bulle d'érection au rang archiépiscopal de l'évêché de Strasbourg⁹⁶.

b) Le recours pour abus

Les Parlements d'Ancien Régime étaient compétents pour connaître des décisions de l'Église catholique dans le cadre de la procédure d'appel comme d'abus. Le Conseil d'État hérita de cette compétence de l'article 6 de la loi du 18 germinal an X relative à l'organisation du culte catholique. Cette compétence fut étendue par la loi aux cultes protestants⁹⁷ et israélite⁹⁸. Mais, au cours du XIX^e siècle, le Conseil d'État se prononça essentiellement sur des décisions prises par les organes de l'Église catholique. Le recours pour abus, comme c'était le cas de l'appel comme d'abus d'Ancien régime, avait pour finalité d'assurer le respect du droit gallican, c'est-à-dire, s'agissant de l'Église catholique, des canons reçus en France et des Libertés de l'Église gallicane⁹⁹.

La procédure de recours pour abus, bien que supprimée par la loi de séparation du 9 décembre 1905, est, sans doute, toujours en vigueur en Alsace-Moselle¹⁰⁰, bien qu'elle n'ait pas été mise en œuvre depuis 1918.

B. La marginalisation des dispositifs prévus en régime de séparation

Les dispositifs de contrôle du droit interne des religions prévus en régime de séparation se sont trouvés marginalisés par la jurisprudence et la pratique du Conseil d'État.

95 - CE 28 avril 1883, *Archevêque d'Albi*, Leb., p. 992 ; CE 20 décembre 1900, *Évêque d'Annecy*, Leb., p. 886.

96 - Décret du 3 octobre 1988, portant réception de la bulle d'érection canonique de l'évêché de Strasbourg au rang d'archevêché.

97 - Article 6 des Articles organiques des cultes protestants.

98 - Article 55 de l'ordonnance du 25 mai 1844 sur l'organisation du culte israélite.

99 - Dupuy, *Commentaire de M. Dupuy sur le Traité des Libertés de L'Église Gallicane de M. Pierre Pithou*, t. 1, Paris, 1715, p. 187-197.

100 - Emmanuel Tawil, « Le recours pour abus dans les trois départements concordataires », *Revue de droit canonique*, 2000, p. 89-111.



1) L'article 8 de la loi du 9 décembre 1905

L'article 8 de la loi du 9 décembre 1905 prévoit la compétence du Conseil d'État en cas de conflit entre plusieurs associations culturelles revendiquant un bien d'un ancien établissement public du culte¹⁰¹. Ce texte s'applique aux anciens cultes reconnus qui ont accepté de former des associations culturelles dans les délais prévus (Réformés, Luthériens et Israélites). Mais l'Église catholique n'ayant accepté de constituer des associations culturelles qu'après 1924, l'article 8 de la loi de 1905 ne lui est pas applicable.

Aux termes de l'article 4 de la loi de 1905, ces biens devaient être attribués conformément aux « règles d'organisation générale du culte ». Lorsqu'il est saisi d'un litige en matière d'attribution des biens, le Conseil d'État applique ces règles, qui deviennent normes de référence de son contrôle. Comme le note Paul Reuter, « les règles d'organisation générale du culte, c'est-à-dire le droit intérieur de chaque église, se trouvent ainsi intégrées à la légalité dont le juge peut être appelé à connaître, par une formule qui techniquement parlant constitue un renvoi »¹⁰².

Le Conseil d'État a, d'abord, interprété la référence que fait l'article 8 de la loi de 1905 à sa compétence pour se prononcer en « tenant compte de toutes les circonstances de fait ». Pour le Conseil d'État, qui a suivi ainsi les conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet¹⁰³, cette disposition n'autorise pas le Conseil d'État à écarter l'application du renvoi aux « règles d'organisation générale du culte »¹⁰⁴. Il n'est pas exclu que les biens des anciens établissements publics du culte soient attribués à une nouvelle association, issue d'une scission de l'association culturelle qui a pris la suite de l'établissement public du culte au lendemain de la loi de 1905. Mais cela n'est possible que si la nouvelle association se conforme elle-même aux règles d'organisation générale du culte. Il peut en être ainsi bien que l'association originaire n'ait pas cessé de se conformer auxdites règles d'organisation générale du culte¹⁰⁵.

101 - « Dans le cas où les biens attribués en vertu de l'article 4 et du paragraphe 1^{er} du présent article seront, soit dès l'origine, soit dans la suite, réclamés par plusieurs associations formées pour l'exercice du même culte, l'attribution qui en aura été faite par les représentants de l'établissement ou par décret pourra être contestée devant le Conseil d'État, statuant au contentieux, lequel se prononcera en tenant compte de toutes les circonstances de fait. « La demande sera introduite devant le Conseil d'État, dans le délai d'un an à partir de la date du décret ou à partir de la notification, à l'autorité préfectorale, par les représentants légaux des établissements publics du culte, de l'attribution effectuée par eux. Cette notification devra être faite dans le délai d'un mois. « L'attribution pourra être ultérieurement contestée en cas de scission dans l'association nantie, de création d'association nouvelle par suite d'une modification dans le territoire de la circonscription ecclésiastique et dans le cas où l'association attributaire n'est plus en mesure de remplir son objet ».

102 - Paul Reuter, note sous CE 25 juin 1943, *Église réformée évangélique de Marseille*, D. 1944, J., p. 71.

103 - Chardenet, conclusion sur CE 9 décembre 1910, *Association culturelle de Nice pour l'exercice du culte de l'Église luthérienne de langue allemande*, S. 1911, 3^e partie, p. 54-64.

104 - CE 9 décembre 1910, *Association culturelle de Nice pour l'exercice du culte de l'Église luthérienne de langue allemande*, S. 1911, 3^e partie, p. 64.

105 - CE 16 février 1923, *Association presbytérale de l'Église réformée de Nice pour l'exercice du culte de l'Église luthérienne de langue allemande*, S. 1926, 3^e partie, p. 6-7



Que faut-il entendre par « règles d'organisation générale » d'un culte ? Pour le commissaire du gouvernement Chardenet, « les règles d'organisation générale ne comprennent [...] pas seulement les règles se rattachant à la doctrine religieuse d'une Église, mais encore celles relatives à sa constitution et à son administration »¹⁰⁶. Saisi d'un litige relatif à la scission d'une association cultuelle au sein de l'Église réformée, le Conseil d'État a contrôlé le respect par les organes de l'Église réformée de France des « caractères propres de la religion réformée » et des « règles d'organisation générale du culte réformé »¹⁰⁷. Comme le remarque Paul Reuter, « il semble que ces deux termes désignent d'une part le dogme, d'autre part la discipline, les règles de structure de l'Église »¹⁰⁸.

La procédure prévue par l'article 8 de la loi de 1905 constituait initialement, malgré les dénégations de ses promoteurs, un instrument juridique assez proche du recours pour abus, en ce qu'il autorisait un contrôle de la production normative du droit interne des religions. Néanmoins, ce contrôle s'est trouvé marginalisé et cela pour deux raisons. La première est d'ordre proprement juridique : le Conseil d'État, en considérant que l'article 8 ne peut pas être lu indépendamment de l'article 4 de la loi de 1905 a soumis sa liberté d'appréciation des circonstances de fait justifiant qu'il soit procédé à la résolution de l'attribution originaire des biens d'un ancien établissement public du culte à l'obligation de tenir compte du droit interne de la religion concernée. La seconde raison est plus factuelle : en refusant, au lendemain de la loi de 1905, de former des associations cultuelles, les autorités de l'Église catholique ont empêché que l'article 8 ne prenne l'ampleur que ses promoteurs souhaitaient lui donner.

2) *La neutralisation du droit gallican des congrégations*

Le terme *congrégation* relève de la terminologie juridique française¹⁰⁹ et recouvre des situations très diverses¹¹⁰.

a) **La neutralisation de la prohibition de l'exemption des religieux**

L'article 19 du décret du 16 août 1901 prévoit que les statuts civils des congrégations doivent contenir « la soumission de la congrégation et de ses membres à la juridiction de l'ordinaire ». L'article 20 du même décret ajoute que « la demande doit être accompagnée d'une déclaration par laquelle l'évêque du diocèse s'engage à prendre la congrégation et ses membres sous sa juridiction ». Une telle disposition est l'expression de la tendance gallicane visant « à renforcer l'autorité de l'évêque du siège de la congrégation »¹¹¹.

106 - Chardenet, conclusion sur CE 9 décembre 1910, *Association cultuelle de Nice pour l'exercice du culte de l'Église luthérienne de langue allemande*, S. 1911, 3^e partie, p. 56.

107 - CE 25 juin 1943, *Église réformée évangélique de Marseille*, D. 1944, J., p. 70.

108 - Paul Reuter, note sous CE 25 juin 1943, *Église réformée évangélique de Marseille*, D. 1944, J., p. 71.

109 - Francis Messner, « Régime des cultes, Organisation et institutions des cultes reconnus et non reconnus et congrégations », *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, fasc. n° 231, 2000, n° 97, p. 22.

110 - Jean-Paul Durand, *La liberté des congrégations religieuses*, Paris, Cerf, 2000, 3 volumes, 2082 pages.

111 - Alain Boyer, *Le droit des religions en France*, Paris, PUF, 1993, p. 169.



Entendues strictement, ces dispositions rendraient impossible la reconnaissance de la plupart des instituts religieux de droit pontifical, dont les membres sont exempts de la juridiction de l'évêque¹¹² sauf en ce qui concerne les activités pastorales¹¹³. De même, qu'il rendrait impossible la reconnaissance de toute congrégation non catholique.

Or, le Conseil d'État a admis que le régime des congrégations soit également utilisé pour des communautés protestantes et bouddhistes¹¹⁴. Et, surtout, il a neutralisé ces dispositions gallicanes, en acceptant que soient civilement reconnues des congrégations catholiques qui, au regard du droit canonique, ne sont pas soumis à l'ordinaire du lieu. Ainsi, il a admis qu'il soit répondu aux exigences de l'article 19 par la mention des statuts civils d'une congrégation selon laquelle cette « communauté de droit pontifical est placée sous la vigilance de l'ordinaire du lieu »¹¹⁵.

b) La neutralisation de la prohibition des vœux perpétuels

En vertu du décret du 13-19 février 1790 et des articles 7 et 8 du décret du 18 février 1809, les vœux religieux perpétuels sont prohibés en France. Une telle interdiction avait, dans l'esprit de ses promoteurs, vocation à faire obstacle aux dispositions canoniques qui prévoyaient, et prévoient encore, les vœux perpétuels. L'application stricte de ces textes devrait se traduire par l'impossibilité d'obtenir une reconnaissance légale pour les instituts religieux catholiques dans lesquels est possible la profession perpétuelle.

Or, le Conseil d'État s'est montré souple quant à l'interprétation de ces dispositions. Il se contente de contrôler les statuts civils des congrégations, et vérifie que ceux-ci ne contiennent pas une telle mention. Peu lui importe l'existence de tels vœux en droit canonique. En revanche, son contrôle des statuts civils le conduit à s'opposer à l'utilisation de formules trop proches de l'expression « vœux perpétuels ». Dans un avis du 5 juin 1990, le Conseil d'État a affirmé, au sujet de dispositions statutaires que « les mots « définitivement » et « définitif » qualifiant l'engagement des religieux doivent être disjoints. Utilisés comme synonymes des « vœux solennels » employés pour les précédents statuts, ils sont contraires aux dispositions, toujours en vigueur, du décret du 13-19 février 1790 et des articles 7 et 8 du décret du 18 février 1809 qui prohibent les vœux perpétuels »¹¹⁶.

112 - Canon 591 du Code de droit canonique de 1983.

113 - Canon 678 § 1 du Code de droit canonique de 1983.

114 - Question écrite n° 9532 du 4 février 1988 et la réponse du ministre de l'Intérieur, JO, Sénat, Q. E., 24 mars 1988, p. 412.

115 - CE Section de l'Intérieur, note du 23 novembre 1993, n° 354-417.

116 - CE Section de l'Intérieur, note n° 347-801 du 5 juin 1990. Voir également CE Section de l'Intérieur, note n° 348-023 du 6 décembre 1990. Dans le *Rapport public 1998*, le Conseil d'État rappelle qu'il doit « écarter la mention de vœux perpétuels qui ne sont plus reconnus en France depuis les décrets des 13-19 février 1790 » (Conseil d'État, *Rapport public 1998*, *op. cit.*, p. 74).



Conclusion

Les interventions du Conseil d'État impliquant le droit interne des religions sont plus fréquentes que l'on ne pourrait le croire. Les titres sur les fondements desquels est saisi le Conseil d'État sont divers. À cet égard, il faut souligner l'importance du contrôle exercé dans le cadre de l'activité consultative et le maintien, quoi qu'il en soit du recours pour abus en Alsace-Moselle, d'une procédure juridictionnelle spécifique issue de la tradition gallicane : l'article 8 de la loi du 9 décembre 1905.

Il convient de souligner que la jurisprudence et la pratique du Conseil d'État en matière de droit interne des religions ont eu pour effet de neutraliser le caractère potentiellement liberticide de ces contrôles. Ceci est particulièrement notable s'agissant de l'article 8 de la loi de 1905, que le Conseil d'État a interprété au regard de son article 4.

Le maintien en Alsace-Moselle des procédures spécifiques prévues par les Articles organiques implique plusieurs remarques. En premier lieu, les aspects les plus obsolètes du droit local d'Alsace Moselle ne se distinguent pas, par nature, des procédures équivalentes prévues par le régime général. Par exemple, on peut rapprocher l'article 1^{er} des Articles organiques du culte catholique, prévoyant un contrôle de certains actes ecclésiastiques, de la loi de 1901 qui soumet l'autorisation des congrégations au contrôle de leurs statuts civils. De même, le texte de l'article 8 de la loi de 1905 ne prévoyait pas un régime si différent du recours pour abus. Finalement, la principale différence entre ces procédures de droit local d'Alsace Moselle et leurs parallèles dans le régime général tient à ce que le Conseil d'État a neutralisé ce qu'il y avait de plus contestable dans le régime général par le biais de sa jurisprudence et de sa pratique, et cela dès les années immédiatement postérieures à l'adoption de la loi de séparation, tandis qu'il a seulement commencé à le faire pour le droit local¹¹⁷, faute d'un nombre suffisant de saisines.

117 - C'est le cas s'agissant de la procédure de reconnaissance des congrégations. En droit local, l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1817 prévoit que les congrégations ne peuvent être autorisées que par la loi. Mais, par exception, l'article 1^{er} du décret du 31 janvier 1852 a permis au Président de la République d'accorder la reconnaissance à une congrégation de femmes par décret, lorsque l'établissement adopte des statuts déjà vérifiés, enregistrés et approuvés pour une autre congrégation. Dans un avis du 16 novembre 1993, le Conseil d'État a considéré que limiter aux congrégations de femmes le bénéfice de l'article 1^{er} du décret du 31 janvier 1852 serait constitutif d'une violation du principe d'égalité. En conséquence, il a décidé d'élargir ce régime aux congrégations masculines (CE avis du 16 novembre 1993, EDCE 1994, p. 353).



Table des matières

Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-président du Conseil d'État 7

I. Rapport d'activité

Activité juridictionnelle	15
Section du contentieux	17
Activité de la Section	17
Jurisprudence	29
Actes	29
Banques	30
Chasse	31
Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique	31
Communautés européennes	32
Comptabilité publique	32
Constitution	33
Contributions et taxes	34
Convention européenne des droits de l'homme	37
Culture	37
Étrangers	37
Fonction publique	38
Magistrats	39
Marchés et contrats administratifs	39
Ouvrages publics	41
Pensions	41
Procédure contentieuse (hors référés)	42
Procédure contentieuse (référés)	43
Professions	44
Responsabilité	45
Sécurité sociale	45
Travail	46
Urbanisme	47
Bureau d'aide juridictionnelle	49
Statistiques	50
Activité consultative	51
Assemblée générale	53



Section de l'intérieur	57
Principaux projets examinés	57
Principes constitutionnels	58
Libertés et droit pénal	61
Problèmes de compétence	62
Compétence législative	62
Compétence au titre de l'article 38 de la Constitution	63
Compétence réglementaire	63
Compétence consultative	64
Compétences respectives de l'État et des collectivités d'outre-mer	65
Établissements d'utilité publique et autres personnes morales de droit privé	66
Statistiques	69
Section des finances	71
Dispositions fiscales	71
Fiscalité des plus-values immobilières	71
Réforme du régime fiscal des distributions	72
Transformation de taxes parafiscales en taxes fiscales	72
Droit communautaire	73
Dispositions budgétaires	73
Unité et universalité budgétaires	73
Prohibition des « cavaliers budgétaires »	74
Dispositions économiques et financières	74
Sécurité financière	74
Protection des consommateurs	76
Conventions internationales	76
Opposabilité	76
Champ d'application territorial	77
Portée des stipulations	78
Obligation de saisir le Parlement	78
Fonction publique	79
Pensions civiles et militaires de retraite	79
Consultations obligatoires	80
Dispositions statutaires	81
Décentralisation	81
Principe d'autonomie financière	81
Régime des fonds disponibles	82
Gestion des administrations	82
Organisation	82
Marchés publics	83
Contrôle financier et contrôle juridictionnel	84
Statistiques	85
Section des travaux publics	87
Élaboration et qualité des textes	88
Organisation administrative et fonctionnement des services publics ..	90
Protection de l'environnement, aménagement du territoire et habitat ..	93
Utilité publique, voirie, domaine public	94



Énergie, transport, agriculture, pêche, chasse	95
Statistiques	99
Section sociale	101
Questions de portée générale	102
Principaux textes examinés	105
Sécurité sociale	105
Travail, emploi, formation professionnelle	106
Santé	108
Action sociale	111
Outre-mer	111
Statistiques	114
Récapitulatif des statistiques pour 2003	117
Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution	119
Activité de la Section du rapport et des études	123
Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2003 ...	125
Les évolutions constatées en 2003	125
Considérations sur la gestion des procédures d'exécution	126
Considérations sur certaines difficultés d'exécution signalées en 2003	129
Demandes d'éclaircissement adressées à la Section du rapport et des études	129
Conséquences à tirer de l'annulation d'une décision de préemption	130
Modifications dans la situation de droit ou de fait après la délivrance d'une injonction sous astreinte	131
Statistiques	132
Les études et la diffusion des travaux du Conseil d'État	135
L'activité d'étude en 2003	135
Suites données aux études antérieures	139
La diffusion des travaux du Conseil d'État et de la juridiction administrative	140
L'action internationale du Conseil d'État	141
Europe	141
Amériques	142
Afrique	143
Proche-Orient	144
Asie et Pacifique	144
Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État ...	147
Bilan des formations	149
Bilan des formations	151
Formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel	151
Formation continue des magistrats des juridictions administratives ..	151
Formation des agents de greffe des juridictions administratives	152



Formation des agents du Conseil d'État	152
Formation aux divers logiciels informatiques	153
Formation des membres des comités d'hygiène et de sécurité	153
Activité de la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives	155
Mission permanente d'inspection des juridictions administratives	157
Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	159
L'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	161
L'activité des tribunaux administratifs en 2003	161
Affaires enregistrées	161
Affaires réglées	161
Affaires en instance	162
Tribunaux administratifs	
Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance	
Évolution 2003/2002	162
Tribunaux administratifs	
Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance par juridiction	
Données nettes et évolution 2003/2002	163
L'activité des cours administratives d'appel en 2003	164
Affaires enregistrées	164
Affaires réglées	164
Affaires en instance	164
Cours administratives d'appel	
Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance	
Évolution 2003/2002, données détaillées par juridiction	165
Activité des juridictions spécialisées	167
Commission des recours des réfugiés	169
État statistique de l'activité de la Commission pour l'année 2003	169
Éléments de jurisprudence	171
Sur les motifs de persécutions	171
Sur les auteurs de persécutions	172
Sur la date des persécutions	172
Sur l'application du principe de l'unité de famille	173
Sur les clauses d'exclusion	173
Sur les conséquences de l'application des critères retenus par la loi du 10 décembre 2003	173
Vue d'ensemble de l'activité des juridictions spécialisées	175
Avis du Conseil d'État en 2003	177
Avis du Conseil d'État en 2003	179
Communautés européennes et Union européenne	180
Enseignement	186
Établissements publics	187



Fonctionnaires et agents publics	189
Fondations	192
Marchés et contrats administratifs	209
Outre-mer	218
Police administrative	228
Pouvoirs publics	231
Spectacles, sports et jeux	233

II. Réflexions sur la laïcité

● Considérations générales

Un siècle de laïcité	241
----------------------------	-----

Introduction	245
--------------------	-----

Première partie

Le développement du concept de laïcité	249
---	-----

1.1. La genèse de la laïcité française	249
---	-----

1.1.1. La rupture révolutionnaire ; la dissociation de l'Église et de l'État	250
---	-----

1.1.2. Le Concordat et la régulation du pluralisme	251
--	-----

1.1.3. Du Concordat à la séparation : de nouveaux principes pour définir les rapports entre l'État, la religion et la société civile ..	252
--	-----

1.1.4. Le Conseil d'État et les questions religieuses au XIX ^e siècle ...	255
--	-----

1.2. La laïcité selon la loi de 1905	256
---	-----

1.2.1. La loi de 1905 : la fin du Concordat et l'organisation de la séparation.	256
---	-----

1.2.2. La voie ouverte à une interprétation libérale	263
--	-----

1.3. Principe de laïcité et particularités locales	265
---	-----

1.3.1. Le régime des cultes en Alsace-Moselle	266
---	-----

1.3.2. Les régimes spécifiques applicables outre-mer	269
--	-----

1.4. Les différents aspects de la laïcité	272
--	-----

1.4.1. Laïcité et neutralité	272
------------------------------------	-----

1.4.2. Laïcité et liberté religieuse	276
--	-----

1.4.3. Laïcité et pluralisme	277
------------------------------------	-----



Deuxième partie	
La laïcité en pratique	279
2.1. L'exercice des cultes : de l'affrontement au compromis	279
2.1.1. Les associations culturelles et les associations diocésaines	279
2.1.2. Les congrégations	287
2.1.3. Les lieux de culte	299
2.1.4. Le statut des ministres du culte	312
2.1.5. Les aumôneries	315
2.2. Une laïcité sur fond de catholicisme	316
2.2.1. Les différenciations entre cultes liées au cadre juridique hérité de l'histoire	316
2.2.2. Les autres difficultés aux yeux des diverses confessions	320
2.2.3. La recherche spirituelle hors du champ religieux traditionnel ..	322
2.3. Les autres aspects de la liberté religieuse	323
2.3.1. Le respect des prescriptions et des rites	324
2.3.2. La médecine, la bioéthique et la religion	330
2.3.3. L'enseignement et la religion	333
2.3.4. La religion et l'entreprise	342
2.3.5. La religion et les médias	347
2.3.6. La religion et le statut personnel	351
Troisième partie	
Vers un approfondissement ?	359
3.1. Le contexte international et européen de la laïcité française ...	359
3.1.1. Les engagements internationaux de la France	359
3.1.2. Les rapports entre l'État et les religions en Europe occidentale .	369
3.1.3. D'autres exemples	375
3.2. La portée du concept de laïcité	382
3.2.1. Un champ d'application élargi	382
3.2.2. Une conception plus exigeante de l'égalité de traitement des croyances	388
3.3. Quelle conciliation entre la sphère de la spiritualité et l'ordre étatique ?	392
3.3.1. Rationalité étatique et rationalité spirituelle	392
3.3.2. Les limites des interférences entre l'État et la sphère religieuse	394
Conclusion	399



Index	401
Annexe 1	
Loi du 9 décembre 1905	405
Annexe 2	
Avis des formations administratives du Conseil d'État	417
Annexe 3	
Avis des formations contentieuses du Conseil d'État	431
● Contributions	
L'État et l'Église au Royaume-Uni	437
<i>Duncan Fairgrieve</i>	
Pour une véritable culture laïque	445
<i>Émile Poulat</i>	
Le droit interne des religions dans la jurisprudence du Conseil d'État	453
<i>Emmanuel Tawil</i>	

