

Séance du 16 septembre 2019

Lecture du 4 octobre 2019

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

L'activisme juridique et politique des pouvoirs publics dans la reconnaissance et le soutien des harkis semble avoir pour effet paradoxal d'exacerber l'activisme contentieux des intéressés, à tout le moins de certains d'entre eux. Après la loi d'interdiction non assortie de sanction pénale, dont nous vous avons déjà entretenu, ce sont ici des mesures, ou des propositions de mesures, d'ordre social qui sont critiquées par l'association Génération Harkis et son président, fils de harki interné au camp de Bias. Ce qui est reproché à l'Etat, c'est non seulement de rester au milieu du gué, mais plus radicalement de se tromper de philosophie : les requérants ne veulent pas d'avantages sociaux qui les stigmatiseraient, mais la juste réparation des préjudices qu'ils estiment avoir subis historiquement.

On ne s'étonnera donc pas que les requêtes dont vous êtes saisis présentent cette caractéristique insolite mais loin d'être inédite, consistant, pour leurs auteurs, à demander l'annulation d'actes *a priori* favorables à la cause qu'ils défendent. Votre jurisprudence comporte de nombreux exemples de rejet, faute d'intérêt pour agir, de recours dirigés contre des actes, individuels ou réglementaires, favorables au requérant¹. Mais s'agissant de recours émanant d'associations défendant des intérêts catégoriels, il nous semble que vous admettez en principe leur intérêt pour agir dès l'instant que la mesure entre dans leur objet statutaire², à charge pour elles d'assumer les conséquences d'une éventuelle annulation. Nous ne sommes pas certain que la jurisprudence soit parfaitement cohérente à cet égard. On peut se demander si le verrou de l'intérêt pour agir, conçu avant tout pour éviter de transformer le recours pour excès de pouvoir en « action populaire », c'est-à-dire de permettre à quiconque d'attaquer toute mesure en s'érigant en défenseur de la légalité, et pour préserver les droits des tiers lorsqu'ils sont en jeu, a réellement vocation à « faire le bonheur des requérants contre eux-mêmes ». Quoiqu'il en soit, nous pensons que les requêtes sont recevables au moins en tant qu'elles émanent de l'association.

Dans la première requête sont principalement en cause certains points d'une circulaire du Premier ministre³ aux préfets, recteurs et inspecteurs d'académie, datée du 23 septembre

¹ CE, 19 juin 1958, P... et V..., Rec. p. 973 ; CE, 6 février 1974, Syndicat des médecins des hôpitaux psychiatriques, Rec. p. 86 ; CE, 28 décembre 1992, Commune de Liffre, n° 123218, aux T. ; CE, 8 mars 2012, B..., n° 350259, aux T.

² CE, 30 juillet 2014, La Cimade, n° 375430, au Rec.

2014, qui comporte en annexe le plan d'actions gouvernemental solennellement annoncé deux jours plus tard, lors de la journée nationale d'hommage aux harkis et autres membres des formations supplétives. La requête n'est recevable qu'en tant que la circulaire prescrit aux préfets de mettre en place des comités régionaux d'orientation destinés à faciliter l'accès au logement, notamment au logement social, des anciens supplétifs et de leurs familles, et de sensibiliser les employeurs publics de leur ressort géographique sur l'importance du dispositif des emplois réservés ouverts aux enfants de harkis par la loi n° 2008-492 du 26 mai 2008. En revanche, l'action 10 se borne à annoncer qu'une mesure législative, qui a par la suite pris la forme de l'article 79 de la loi du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015, permettra aux enfants de harkis ayant été hébergés dans des camps alors qu'ils avaient entre 16 et 21 ans de pouvoir racheter à un tarif préférentiel jusqu'à 4 trimestres de cotisations de retraites. Ce passage est purement informatif.

Les conclusions tendant à l'annulation du décret du 29 juin 2015, publié au *Journal officiel* le lendemain, qui, pour l'application de la disposition législative dont nous venons de parler, définit les conditions du rachat de trimestres, sont quant à elles tardives, à supposer qu'elles soient réellement présentées. Il en va de même de celles qui ciblent la circulaire d'application de ce dispositif émanant du directeur général de la Caisse nationale d'assurance vieillesse, autorité à compétence nationale⁴. Celle-ci a été publiée le 14 août 2015 sur le site internet de référence legislation.cnav.fr qu'elle édite⁵, dans des conditions d'accessibilité, de fiabilité et de certitude sur la date de publication qui permettent de déclencher le délai de recours contentieux à l'égard des personnes susceptibles d'avoir intérêt pour agir contre celle-ci, alors même que la publication sur ce site n'est prévue par aucun texte publié au Journal officiel (V. CE, 10 mai 2017, Société Cora et autres, n° 395220, aux T. ; CE, 20 mars 2019, W..., n° 401774, aux T.).

Venons-en au fond. Il est d'abord reproché à la circulaire de présenter incompétemment les dispositifs d'accès au logement et à l'emploi en faveur des harkis et de leur famille comme des mesures de réparation du préjudice subi du fait de l'Etat français, alors que la création d'un régime de responsabilité et l'aménagement des conditions d'engagement de celle-ci relèvent du domaine de la loi au titre des principes fondamentaux des obligations civiles. Mais d'une part, la circulaire ne crée aucun dispositif social nouveau. D'autre part, les mesures d'aide dont la circulaire rappelle l'existence visent à répondre à des difficultés d'insertion actuelles, quoiqu'héritées du passé, et non à déroger à ou aménager les règles de droit commun de la responsabilité de l'Etat. Elles ne privent pas les harkis et leurs proches de la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat à raison notamment des conditions de vie et de scolarisation dans les camps et hameaux de forestage (V. pour ce raisonnement : CE, Assemblée, 6 avril 2001, Pelletier et autres, n° 224945 et a., au Rec. ⁶, appliqué à la même

³ Cette circulaire n'a pas été publiée, mais cette circonstance ne fait pas obstacle à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir (CE, 7 avril 2011, Association SOS Racisme, n° 343387, au Rec.).

⁴ V. CE, 29 juin 2016, E., n° 386081, aux T. sur un autre point, éclairée par les conclusions de J. Lessi ; à propos d'autres caisses de retraite : CE, 16 novembre 2011, M. D..., n° 339582, aux T. ; CE, 28 décembre 2017, CARPIMKO, n° 401954, aux T.

⁵ On constate d'ailleurs, grâce au site *Wayback Machine*, qu'elle figurait en « actualités réglementaires » le 18 août 2015 (<https://web.archive.org/web/20150818004330/https://www.legislation.cnav.fr/Pages/accueil.aspx>)

⁶ Admettant qu'un décret institue une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes de persécutions antisémites et, ainsi, reconnaisse les souffrances endurées, sans pour autant prétendre régir la

circulaire par 10ème JS, 8 février 2017, Comité harkis et vérité, n° 393096). Du reste, vous avez déjà admis que la responsabilité de l'Etat soit engagée à ce titre dans votre décision Tamazount du 3 octobre 2018 (n° 410611, au Rec.), en écartant l'idée, inspirée de l'avis d'Assemblée Hoffmann-Glémane⁷, que les préjudices en résultant seraient réparés forfaitairement par les diverses mesures sociales prises en faveur de la communauté harki⁸. Le prétendu détournement de pouvoir qui résulterait de l'utilisation de dispositifs sociaux à des fins indemnitaires n'existe pas davantage que l'incompétence alléguée.

Les requérants dénoncent ensuite la différence de traitement, au bénéfice des enfants de harkis dont ils défendent les intérêts, entre ces derniers, qui bénéficient du dispositif des emplois réservés sans condition d'âge, et les autres catégories de personnes mentionnées à l'article L. 241-4 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, notamment les orphelins de guerre et pupilles de la Nation, qui ne peuvent y prétendre que s'ils étaient âgés de moins de 21 ans « au moment des faits », c'est-à-dire de la disparition ou de l'incapacité d'un parent « ouvrant droit ».

Le moyen d'inconstitutionnalité est irrecevable faute d'avoir fait l'objet d'une QPC par un mémoire distinct.

Le moyen tiré de la méconnaissance des stipulations combinées de l'article 14 de la Convention européenne et de l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel – dit 1P1 – est quant à lui radicalement inopérant à nos yeux :

- D'abord, le dispositif des emplois réservés ne garantit nullement l'obtention d'un emploi et, a fortiori, d'une créance salariale, compte tenu notamment du mécanisme de la « liste d'aptitude ». Par suite, la simple appartenance à une catégorie éligible à ce dispositif ne nous paraît pas constituer un « bien » au regard de la jurisprudence européenne, faute d'ouvrir droit à une créance de nature patrimoniale suffisamment certaine⁹, contrairement aux prestations d'aide sociale citées par la requête ;

responsabilité de l'Etat.

⁷ Avis CE, 16 février 2009, Mme H..., n° 315499, au Rec.

⁸ Cela ne signifie d'ailleurs pas dans notre esprit qu'il faudrait, à l'inverse, en faire abstraction : dès lors qu'elles améliorent la situation matérielle des intéressés, elles sont à l'évidence susceptibles de venir en atténuation de préjudices matériels allégués.

⁹ D'une part, le droit à l'emploi ne nous paraît pas, à la différence du droit à la rémunération à raison de l'emploi occupé, constituer une créance patrimoniale, seule incluse dans le champ de cet article (V. CEDH, 9 avril 2015, T... c/ France, n° 65829/12 qui juge que le fait pour une personne de justifier d'un jugement ordonnant au préfet de la reloger ne constitue pas un bien, dans la mesure où le droit à un bail social n'emporte pas acquisition d'une valeur patrimoniale). D'autre part, il ne s'agit pas de garantir à toute personne relevant de cette catégorie le droit à un emploi, mais seulement d'instituer une priorité d'embauche, sans concours, sur 10 % des flux de recrutements dans les corps limitativement énumérés par le code, au profit de personnes inscrites temporairement sur une liste d'aptitude au vu de leurs qualifications et de leur expérience professionnelle, et qui peuvent ne pas être recrutées si leur profil, tel qu'il ressort de leur « passeport professionnel », ne satisfait pas aux exigences du poste. L'obtention d'un emploi et, a fortiori, la créance salariale qui peut résulter de son occupation, restent donc éventuelles. A titre de comparaison, la simple éligibilité à un dispositif de désendettement ne constitue pas un bien (CE, 20 mars 2013, Incorvaia, n° 338554, aux T.). En présence d'une loi prévoyant un ordre de priorité pour l'embauche de certains salariés par une société, la Cour européenne a écarté sèchement l'application de l'article 1P1 invoquée par des bénéficiaires de cette priorité, en jugeant que la loi ne conférerait pas un droit à l'embauche, de sorte qu'il ne pouvait prétendre avoir été privé d'un bien ni même d'une espérance légitime en ne percevant pas les salaires afférents à cet emploi (CEDH, 20 mars 2008, A... c/ Grèce, 38731/05).

- Ensuite, l'article 14 de la Convention garantit à chacun le droit de ne pas faire l'objet d'une discrimination dans la jouissance des droits et libertés qu'elle reconnaît. Comme le rappelle le manuel de droit européen en matière de non-discrimination co-écrit par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, « pour établir l'existence d'une discrimination directe, il convient (...), avant toute chose, de prouver que la victime présumée a été traitée de manière moins favorable que d'autres personnes ». C'est ce qu'énonce l'article 2 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, également invoquée en vain¹⁰. Etre « discriminé » au sens du droit européen, ce n'est pas simplement être traité différemment, c'est être traité moins bien. Or les requérants contestent au contraire le traitement trop favorable accordé aux enfants de harkis, qu'ils représentent, au regard des autres catégories de personnes éligibles aux emplois réservés¹¹. Nous ne voyons pas comment une telle argumentation pourrait prospérer devant la Cour européenne, alors surtout que les enfants de harkis de plus de 21 ans peuvent tout à fait bouder les emplois réservés s'ils estiment ne pas en avoir besoin. Il ne nous a certes pas échappé que la requête voit dans cette mesure une stigmatisation des enfants de harkis, dont on pourrait tirer l'idée qu'elle est, d'une certaine manière, défavorable. Mais il ne s'agirait alors certainement pas d'une discrimination dans le droit au respect des biens¹². Ce dont se plaignent ici les requérants, c'est au contraire que l'Etat octroie un « bien » aux enfants de harkis en les dispensant de la condition d'âge. L'article 1P1 ne condamne pas la générosité.

Les autres moyens n'étant pas assortis des précisions suffisantes, vous pourrez rejeter la première requête.

La 2nde requête met d'abord en cause le rapport intitulé « *Aux harkis, la France reconnaissante* » remis en juillet 2018 par le préfet Dominique Ceaux à la secrétaire d'Etat auprès de la ministre des armées. Comme l'a montré une récente décision de votre Assemblée du contentieux et, plus encore, les lumineuses conclusions de notre consœur Anne Iljic¹³, votre prétoire est de plus en plus accueillant à l'égard de mesures dépourvues d'effets juridiques propres mais produisant des effets notables d'une autre nature. Mais votre hospitalité a des limites, que ne franchit pas un simple rapport administratif formulant diverses propositions à l'adresse des pouvoirs publics.

Restent les conclusions dirigées contre le décret n° 2018-1320 du 28 décembre 2018 qui crée une aide financière de solidarité au bénéfice des enfants de harkis et autres membres des formations supplétives dans le besoin, résidant en France et qui ont séjourné au moins 90

¹⁰ « (...) a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable (...) ».

¹¹ Ce sont ces autres catégories de bénéficiaires, soumises à la condition d'âge, qui pourraient utilement en réclamer la suppression sur ce fondement, en se prévalant du traitement de faveur dont bénéficient les enfants de harkis.

¹² Il aurait éventuellement fallu invoquer la méconnaissance de l'article 8 de la CESDHLF, au titre de la protection de la réputation. Mais nous n'aurions pas davantage proposé de faire droit à une telle argumentation, au fond.

¹³ CE, Ass., 19 juillet 2019, Le Pen, n° 426389, au Rec.

jours dans des camps ou des hameaux de forestage à la suite du rapatriement de leur famille en France, et contre l'instruction du 7 janvier 2019 qui le commente. Vous pourrez admettre dans cette mesure l'intervention du conseil des harkis du Var et celles des enfants de harkis, mais pas celles des personnes qui se présentent comme de simples « sympathisants » ou qui, bien qu'appartenant à des familles de harkis, ne sont pas des enfants de harkis, seuls éligibles au dispositif, sous conditions.

Là non plus, le décret n'affecte pas les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat. Il crée simplement une aide financière complémentaire de l'aide sociale légale, ouverte avant la fin de l'année 2022 aux personnes dont les ressources ne leur permettent pas de couvrir leurs dépenses essentielles en matière de santé, de logement, de formation et d'emploi et qui prévoit, par un versement unique, une prise en charge totale ou partielle de ces dépenses. Si le montant est modulé en fonction de la durée du séjour dans un camp ou hameau de forestage et des conditions de scolarisation des intéressés, il ne s'agit pas de réparer un préjudice à raison d'une faute passée, mais de tenir compte indirectement des difficultés d'insertion sociale qui en résultent. Une telle mesure ne relève d'aucune des rubriques de l'article 34 de la Constitution, et n'est entachée d'aucun détournement de pouvoir.

On peut sérieusement hésiter, en revanche, à admettre que le décret respecte le principe d'égalité en droit interne. Non pas entre les enfants de harkis selon qu'ils sont dans le besoin ou non, car cette différence de situation est évidemment pertinente au regard de l'objet de la mesure. Mais entre les bénéficiaires de l'aide instituée et toutes les personnes qui ne sont pas en mesure de financer ces « dépenses ayant un caractère essentiel » qu'évoque le décret.

L'aide sociale est censée être objective. En toute rigueur, la collectivité doit soutenir de la même façon deux personnes rencontrant les mêmes difficultés dans l'accès aux soins, au logement, à la formation ou à l'emploi, que ces difficultés résultent de la grande ou de la petite histoire. C'est ce qui vous a conduit à annuler les dispositions d'un décret créant plusieurs aides à la formation professionnelle au bénéfice des seuls enfants des membres supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie, faute d'un rapport direct avec l'objet de la mesure, à savoir compenser des difficultés particulières d'accès au marché du travail (CE, 30 décembre 2015, Comité Harkis et Vérité, n° 373400)¹⁴.

Nous vous proposons d'adopter une solution différente s'agissant d'un dispositif propre aux enfants de harkis ayant vécu dans les camps et hameaux de forestage. La lecture du rapport Ceaux permet de mesurer à quel point les conditions de vie des enfants dans ces sites les ont socialement pénalisés dans la durée, en les isolant du reste de la société, en consolidant la barrière linguistique, en augmentant les risques de retards et de décrochage scolaire dès lors que les cours élémentaires étaient souvent dispensés à l'intérieur des camps, ou encore, en raison des conditions d'hygiène déplorables qui pouvaient y régner, en les exposant à des pathologies mal ou non prises en charge et dont ils ont pu conserver des séquelles ou, à tout le

¹⁴ La décision du 26 novembre 2007, Lefebvre et Association nationale des pupilles de la Nation, orphelins de guerre ou du devoir (n° 272704) admet qu'une aide financière instituée par décret soit réservée aux seuls orphelins des victimes d'actes de barbarie durant l'Occupation, « *eu égard à la nature des crimes commis à l'égard de ces victimes* ». Mais il s'agissait d'une « aide indemnitaire », instituée en réparation des souffrances endurées. Elle ne se présentait pas comme une aide à l'insertion sociale. Il existait donc nécessairement un rapport direct avec l'objet de la norme.

moins, des fragilités. Le pouvoir réglementaire a pu légalement estimer qu'il en était nécessairement résulté, aujourd'hui, un « handicap social » spécifique, par sa gravité et sa nature, touchant autant à la santé qu'à l'insertion sociale, justifiant un dispositif *ad hoc* et, à dire vrai, assez original. A tout le moins, il nous semble possible d'admettre ce « coup de pouce » unique, limité dans le temps et subsidiaire, en relais de dispositifs d'aide sociale de droit commun qui sont, par construction, impuissants à appréhender cette situation très particulière à travers la classique condition de ressources.

La différence de traitement nous paraît donc en rapport direct avec l'objet de la norme. Quant à l'éventuelle disproportion manifeste, elle ne résulterait pas du décret, qui ne fixe ni montant, ni barème. Ce dernier est défini dans ses grandes lignes par l'instruction du 7 janvier 2019 dont l'annulation n'est sollicitée que voie de conséquence de celle du décret, que vous ne prononcerez pas si vous nous suivez.

PCMNC à l'admission des interventions dans les limites évoquées et au rejet des requêtes.

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