

# **BMA** Bulletin Mensuel d'Actualités du **CRISP**

**N°25 – Janvier 2016**

## **Sommaire**

L'édito	p. 3
L'article du mois	p. 5
L'actualité	p. 19
Devenir greffier	p. 27

# **CRISP**

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

*Actualités, réflexions et controverses dans le domaine des sciences juridiques et humaines*  
*Clefs et vecteurs de réussite aux concours préparés par l'ISP.*

## **L'article du mois**

### **110 ans de Laïcité**

L'Ancien Régime fut marqué par le besoin constant du pouvoir temporel de se légitimer en exhibant la croyance catholique. Il en découla que si le Vatican et la Royauté étaient certes institutionnellement distincts, et même parfois ennemis, les pouvoirs temporel et spirituel n'étaient pourtant pas séparés sur les plans politique et juridique, le Roi de France tirant son pouvoir législatif, exécutif et judiciaire de Dieu dont il était le représentant sur son royaume.

Par Claude VAILLANT



**CRISP**[crisp@prepa-isp.fr](mailto:crisp@prepa-isp.fr)**Président du CRISP**

Philippe MAZET

[philippe.mazet@prepa-isp.fr](mailto:philippe.mazet@prepa-isp.fr)**Rédacteur en chef**

Franck TOURET

[franck.touret@prepa-isp.fr](mailto:franck.touret@prepa-isp.fr)**Comité scientifique**

Jacob BERREBI

[jacob.berrebi@prepa-isp.fr](mailto:jacob.berrebi@prepa-isp.fr)

Matthieu THAURY

[matthieu.thaury@prepa-isp.fr](mailto:matthieu.thaury@prepa-isp.fr)**Directrice Générale ISP**

Julie HABERMAN

[julie.haberman@prepa-isp.fr](mailto:julie.haberman@prepa-isp.fr)**Groupe ISP****Institut Supérieur de Préparation**

18 rue de Varenne

75007 PARIS ☒

01.42.22.30.60

<http://www.prepa-isp.fr>

RCS Paris 331 302 877



L'ISP est ouvert du lundi au vendredi de 9 h 30 à 18 h 30 ☒ et le samedi de 10 h à 13 h

Métro 12 : Rue du Bac ou Sèvres Babylone ☒

Métro 10 : Sèvres Babylone ☒

— ou — ☒

Bus : 68, 69, 83, 84, 94

**Le Bulletin Mensuel d'Actualités du CRISP,**  
inscription newsletter par mail :  
[crisp@prepa-isp.fr](mailto:crisp@prepa-isp.fr)

Vous voulez passer les examens de l'avocature, de la magistrature ou passer les grands concours de la fonction publique, l'ISP propose, depuis plus de 30 ans, des formations dédiées et éprouvées.

**LES FORMATIONS DE L'INSTITUT SUPERIEUR DE  
PREPARATION SUR :**

<http://www.prepa-isp.fr>

**Proposez-nous vos articles**

Le bulletin du CRISP est susceptible de publier vos articles de fond ou commentaires. Toute personne intéressée doit contacter le rédacteur en chef Franck TOURET ([franck.touret@prepa-isp.fr](mailto:franck.touret@prepa-isp.fr)) afin de lui proposer le thème et un résumé de sa proposition d'article (15 lignes maximum). Après avis favorable du rédacteur en chef et fixation d'un délai de remise, l'article sera soumis au Comité scientifique qui donnera une réponse dans les 15 jours.

## L'édito

### « Notre vraie nationalité est l'humanité » Herbert George Wells, *The outline of history*

De manière quasi unanime, la nationalité est définie comme l'appartenance juridique et politique d'une personne à la population constitutive d'un État. La nationalité comporte deux dimensions : l'une verticale, qui relie l'individu à un État ; l'autre horizontale, qui fait de l'individu le membre d'une communauté. Le droit de la nationalité est intrinsèquement un droit d'exclusion. En effet, il répartit les personnes en deux catégories, d'un côté les nationaux, de l'autre les étrangers, dont les droits sont inégaux. Aujourd'hui, il est l'objet de controverses, portant notamment sur la conception qu'on doit s'en faire, sur son mode de détermination et surtout sur sa déchéance.

La déchéance de nationalité est la sanction consistant à priver un individu de sa nationalité, en raison de son comportement indigne ou préjudiciable aux intérêts de l'État. En l'état actuel du droit positif, pour être déchu de la nationalité française, il faut l'avoir acquise, ce qui exclut les Français de naissance (art. 25 C. civ.). De surcroît, en application de l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui affirme que « *tout individu a droit à une nationalité* », il faut disposer d'une autre nationalité, car il est interdit à un État de créer des apatrides. L'article 25 du Code civil précise les motifs pouvant conduire à la déchéance de nationalité. Enfin, l'article 25-1 du Code civil précise que les faits doivent s'être « *produits antérieurement à l'acquisition de la nationalité française ou dans le délai de dix ans à compter de la date de cette acquisition* ». Un délai porté à quinze ans dans le cas d'une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour acte de terrorisme.

À la suite des derniers attentats qui ont frappé la France, les députés et les sénateurs seront amenés à se prononcer prochainement sur une réforme de la Constitution qui pourrait notamment permettre, d'une part, d'élever

normativement la déchéance de constitutionnalité du rang légal au niveau constitutionnel, d'autre part, d'étendre la possibilité de déchoir un français de naissance de sa nationalité. La voie empruntée par le gouvernement d'une révision constitutionnelle, et non d'une modification législative des articles 23-7 ou 25 du Code civil, permet d'éviter le risque que son projet soit retoqué par le Conseil Constitutionnel.

Toutefois, face à l'impossible de créer des apatrides, cette extension de la déchéance de nationalité ne saurait concerner que les binationaux. Dès lors, le risque était d'inscrire dans la Constitution deux catégories de français : les mononationaux qui ne pourraient pas être déchus de leur nationalité et les binationaux qui pourraient l'être. Aussi, quelques heures après l'annonce de la démission du garde des Sceaux, qui avait exprimé son opposition au projet de réforme constitutionnelle, le Premier ministre proposé une nouvelle version du projet de loi de révision constitutionnelle. Il en ressort qu'« *aucune référence à la binationalité ne figurera dans le texte constitutionnel ni, a priori, dans la loi ordinaire* ». Il a également été précisé que « *seuls les principes prévus par la Convention internationale de 1954 et la loi du 16 mars 1998 [...] qui proscrivent la création de nouveaux apatrides devront continuer à figurer dans notre droit positif. Et la France s'engagera d'ailleurs dans la ratification de cet accord qu'elle a signé dès 1955* ». Au-delà de l'aspect normatif et donc quasi symbolique de la réforme, il semble difficile de concilier cette absence de référence à la binationalité et la création d'apatrides. En conséquence, si le projet est adopté, ce qui est

Franck TOURET  
Rédacteur en chef BMA

loin d'être entendu, dès lors que toute modification de la Constitution doit être approuvée par les trois cinquièmes des parlementaires, il ne concernera a fortiori que les binationaux puisqu'il n'est pas question de rendre apatride un Français ne disposant que de cette nationalité.

## L'article du mois

### 110 ans de laïcité

L'Ancien Régime fut marqué par le besoin constant du pouvoir temporel de se légitimer en exhibant la croyance catholique. Il en découla que si le Vatican et la Royauté étaient certes institutionnellement distincts, et même parfois ennemis, les pouvoirs temporel et spirituel n'étaient pourtant pas séparés sur les plans politique et juridique, le Roi de France tirant son pouvoir législatif, exécutif et judiciaire de Dieu dont il était le représentant sur son royaume.

Cependant force est de constater que dès la fin du 17<sup>e</sup> siècle, le courant philosophique des Lumières véhicula au sein de l'Europe une dénonciation virulente de l'hégémonie religieuse sur le plan étatique afin de promouvoir la liberté de conscience et d'enseignement. À ce titre, nous pouvons citer Voltaire qui s'engagea notamment dans l'affaire de Jean Calas. Ce dernier, drapier, de religion protestante, vivant à Toulouse, fut accusé et condamné à mort pour avoir assassiné son fils, alors que celui-ci prévoyait de se convertir au catholicisme, désireux d'embrasser une carrière judiciaire. L'accusation pointa « un intégrisme protestant », et la population, nourrie par une haine contre les Huguenots, fut la source d'un climat hostile à toute réflexion, ce qui conduisit le sieur Calas à la potence. C'est dans ces conditions que Voltaire décida de s'engager contre ce qu'il appela un « fanatisme » qui, nourri par les institutions publiques de l'État, conduisait à la discrimination de toute une partie de la population française. L'engagement de cet intellectuel permit la réhabilitation de la famille Calas et la publication en 1763 du « Traité de la Tolérance », ouvrage philosophique majeur, marquant la rupture définitive de la pensée des Lumières avec les courants théologiques et les pensées religieuses omniprésents dans la sphère sociale et politique de l'époque. L'apport de la philosophie des Lumières se concrétisa lors de la Révolution française de 1789 et la disparition de l'Ancien Régime. Certains intellectuels de la

Révolution, participant à la rédaction des textes constitutionnels, concrétisèrent l'héritage de la pensée des Lumières.

Ainsi Condorcet dénonça en 1791 toute forme de dogmatisme en écrivant que « la puissance publique ne peut même sur aucun objet, avoir le droit de faire enseigner des opinions comme vérité ».

Ainsi les premières pierres d'un enseignement a-religieux furent alors posées.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen sonna la naissance de la séparation de l'Église et de l'État en consacrant sur le plan juridique le principe d'égalité des citoyens sans distinction de religion.

Les biens de l'Église lui furent confisqués, pour être attribués à la Nation. En outre, le délit de blasphème fut aboli par les gouvernements révolutionnaires.

Si l'apport révolutionnaire marque une étape majeure dans la marche vers la laïcité républicaine, il n'en reste pas moins que dès le début du 19<sup>e</sup> siècle, la séparation de l'Église et de l'État fut remise en cause. En effet, Bonaparte, alors Premier Consul, signa en 1801 un Concordat avec le Pape Pie VII. Ce traité prévoyait alors que le Pape reconnaissait la République tandis que le Gouvernement nommait les Évêques, assurait un traitement à ces derniers ainsi qu'aux prêtres, et entretenait les édifices catholiques. Ce Concordat s'applique curieusement encore dans les départements du

**Claude VAILLANT**

Avocat à la Cour  
Spécialiste en droit immobilier  
D.I.E.J.P.

Juge Arbitre à la Chambre  
Arbitrale Internationale de  
Paris et au Centre d'Arbitrage  
du GICAM (Cameroun)

Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ainsi qu'en Guyane.

La Restauration marqua, elle aussi, un recul considérable de la neutralité de l'État sur le plan religieux. En effet, les libertés de penser et de presse furent très encadrées par le pouvoir royal et le système éducatif fut placée sous le contrôle des congrégations qui se multiplièrent et gagnèrent en poids politique.

Il fallut attendre les développements de la troisième République, et son contexte anticlérical pour que la séparation de l'Église et de l'État connaisse une consécration juridique. La construction de la laïcité républicaine s'appuya sur la fondation de l'école de Jules Ferry. Une première loi du 16 juin 1881 permit l'établissement de la gratuité de l'enseignement primaire et une seconde du 29 mars 1882 rendit cet enseignement obligatoire, marquant ainsi la naissance de l'École républicaine laïque. Mais le cœur même de la laïcité française fut bâti par la loi du 9 décembre 1905 qui à ses articles 1 et 2 interdit tout financement public du fait religieux : « *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* » ; « *La République ne reconnaît, ni ne salarie, ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1<sup>er</sup> janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'Etat, des départements et des communes toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes* ».

La loi consacre le principe de séparation de l'Église et de l'État et porte création des associations culturelles qui ne peuvent bénéficier d'aucun subventionnement public. Elle déclare aussi la liberté de conscience. Elle constitue ainsi le cœur de la laïcité française.

Sur le plan étymologique, la laïcité puise ses sources du mot grec « *laos* » désignant le peuple dans son ensemble et « *laicus* » qui désigne celui qui n'a pas reçu les ordres de cléricature. Ainsi l'adjectif qualificatif laïc désigne celui qui est indépendant de toute religion.

Ainsi ce qu'on appelle « la laïcité à la française » peut se comprendre comme la coexistence de deux sphères distinctes qui marquent l'existence des individus : Une sphère privée au sein de laquelle chacun exerce sa liberté de croyance telle qu'elle résulte de l'article 1er de la loi ; Une sphère publique au sein de laquelle les hommes et les femmes partagent leur vie sociale, économique, politique et juridique. Ce n'est qu'en cantonnant les croyances religieuses dans la sphère privée des individus, que l'application du principe d'égalité pourra être garantie dans la sphère publique. L'État se veut apolitique tout en respectant l'ensemble des croyances religieuses.

Il est incontestable que la loi du 9 décembre 1905 constitue une base solide pour la neutralité religieuse de la République française puisque son centenaire a été fêté en 2005. Pourtant force est de constater que le paysage religieux français est totalement étranger à celui qui existait en 1905. Aujourd'hui, les collectivités se trouvent placées en première ligne face à certaines revendications religieuses et la laïcité républicaine est confrontée au développement de mouvements religieux obscurs sectaires ainsi qu'au réveil de certaines religions comme l'Islam dont certains revendiquent aujourd'hui ses valeurs comme fondement de l'État. S'il apparaît clairement que la religion de l'Islam n'est pas, en soi, incompatible avec les valeurs de la République, certaines pratiques semblent imposer une nouvelle réflexion sur l'enjeu que représente la laïcité, bouclier protecteur contre toute hégémonie religieuse. Ainsi il paraît essentiel pour une collectivité, garante du respect des principes républicains à l'échelon local, d'identifier le régime juridique de la laïcité et ce, afin de mieux appréhender son application sur le terrain et ainsi gérer plus facilement les problématiques posées par certaines revendications religieuses.

À cette fin, il convient tout d'abord d'analyser ce en quoi consiste exactement la séparation de l'Église et de l'État pour les collectivités publiques (I) pour ensuite se pencher, plus spécifiquement, sur les enjeux juridiques qu'emporte l'application locale de la laïcité (II).

## I/ LE CŒUR DE LA LAÏCITÉ : LA SEPARATION DE L'ÉGLISE ET DE L'ÉTAT

La séparation de l'Église et de l'État revêt une portée constitutionnelle dont il convient d'apprécier la portée (A). Elle réside principalement dans le principe interdisant aux collectivités territoriales tout financement du fait religieux (B).

### A/ La portée actuelle du principe constitutionnel de laïcité

Aujourd'hui, la laïcité bénéficie d'un socle constitutionnel.

#### 1/ La constitution de la cinquième République

En premier lieu, l'article premier de la Constitution de 1958, régissant la cinquième République, dispose que : « *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* ». Aussi la laïcité est l'un des éléments caractérisant le régime constitutionnel de la République française. On observe que la laïcité est constitutionnellement liée au principe d'égalité des citoyens devant la loi dès lors que la religion ne saurait constituer un motif d'inégalité ou de discrimination. En outre, on lit que toutes les croyances sont respectées, ce qui signifie que les autorités publiques doivent garantir le libre exercice des religions. La laïcité est consacrée par d'autres textes revêtant en application de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, une valeur constitutionnelle.

#### 2/ La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

En premier lieu, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 assure à son article 10 : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ». Ainsi que l'exposera cette présente note, la laïcité tend vers le respect des pratiques religieuses dans la limite du trouble à l'ordre public.

## 3/ Le préambule de la Constitution de 1946

Le Préambule de la Constitution de 1946 dispose que : « *Le peuple français (...) réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Il proclame en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps les principes politiques, économiques et sociaux ci-après : (...) Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances (...) la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* ». À la lecture de ce préambule, il apparaît que la laïcité se trouve consacrée dans la sphère privée de l'emploi, mais également dans celui de l'enseignement.

En outre, l'enseignement laïque constitue un devoir pour les collectivités publiques, et ce à tous les degrés. Ce texte s'appuie lui-même sur la Déclaration de 1789 et se trouve cité en référence dans la Constitution de 1958. À ce titre, la laïcité constitue un Principe fondamental reconnu par les lois de la République revêtant une valeur constitutionnelle et invocable devant les juridictions judiciaires et administratives.

### 4/ La Jurisprudence

Outre les textes, le socle constitutionnel de la laïcité républicaine découle également des décisions rendues par les hautes juridictions.

En premier lieu, ce fut le Conseil d'État qui par une décision Ministre de l'Outre-Mer rendue le 16 mai 2005 reconnut « le principe constitutionnel qui (...) implique la neutralité de l'État et des collectivités territoriales de la République ».

De son côté, le Conseil constitutionnel ne conféra une valeur constitutionnelle au principe de laïcité que dans une décision rendue en 2013. Le Conseil se fonda alors sur l'article 10 de la Déclaration de 1789 pour déclarer que le principe de laïcité « *figure au nombre des droits*

*et des libertés que la Constitution garantit* ». Il précisa également qu'il résulte de ce principe constitutionnel « *la neutralité de l'État* » et le fait que « *la République ne reconnaît aucun culte* ». Ainsi à la lecture de cette jurisprudence constitutionnelle, il apparaît que laïcité se décompose en trois éléments majeurs : le respect de toutes les croyances ; La garantie du libre exercice des cultes ; La République ne salarie aucun culte. Aussi force est de constater que l'interdiction faite aux collectivités publiques de salarier l'exercice d'un culte se situe au cœur même du concept de laïcité à la française. Par conséquent, il convient de se pencher sur la question du financement public du fait religieux.

Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré récemment que l'obligation de neutralité religieuse imposée aux agents publics français dans l'exercice de leurs fonctions n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme » (CEDH 26 nov. 2015, n° 64846/11). La Cour rappelle « *qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur le modèle français* » mais reconnaît que ces principes poursuivent « *le but légitime qu'est la protection des droits et libertés d'autrui* ».

### **B/ Le financement public du fait religieux : entre principe d'interdiction et aménagements juridiques**

La loi du 9 décembre 1905 constitue, de manière incontestable, le cœur même de la laïcité. Elle a entendu opérer une séparation stricte entre la sphère étatique et la sphère religieuse en posant le principe d'interdiction de tout financement public du fait religieux, écartant ainsi tout subventionnement financier des activités culturelles d'une part (1) et l'édification des lieux de culte d'autre part (2).

#### **1/ La question du financement des activités culturelles**

Si les dispositions de la loi du 9 décembre 1905 semblent poser une interdiction claire de tout financement public, il n'en demeure pas moins que l'état de droit comporte un certain nombre d'aménagements qui ne sont pas sans constituer de réelles difficultés juridiques pour les collectivités territoriales.

L'article 2 dispose que « *La République ne reconnaît, ni ne salarie, ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1er 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* ». Ainsi les collectivités ne peuvent rémunérer les personnels religieux, ni subventionner les activités cultuelles. Les personnes publiques ne peuvent réserver dans leur budget, des dépenses liées au fait religieux.

La lecture de l'article 2 doit s'accompagner de celle de l'article 19 selon lequel : « *Les associations culturelles (...) ne pourront, sous quelque forme que ce soit, recevoir des subventions de l'État, des départements et des communes* ». Afin de mieux comprendre la portée de cette interdiction, il est nécessaire d'identifier préalablement ce en quoi consiste une association culturelle.

Ces associations, dont le statut juridique découle des dispositions de la loi du 9 décembre 1905, ont pour objet statutaire exclusif l'exercice d'un culte religieux. Ces associations faisaient autrefois l'objet d'une reconnaissance administrative ce qui permettait de les identifier plus facilement.

Or depuis l'ordonnance du 28 juillet 2005, l'article 19 de la loi de 1905 a été modifié afin d'instituer un régime plus libéral en matière de libéralités consenties aux associations culturelles, supprimant ainsi toute reconnaissance administrative de ces dernières. Il s'ensuit une certaine insécurité juridique. En effet, l'administration devra étudier au cas par cas les associations afin de déterminer si elles présentent un caractère cultuel ou non. Pour cela, il est loisible de se référer à la jurisprudence du Conseil d'État qui considère qu'une association est culturelle si : Elle a pour objet exclusif l'exercice d'un culte ; Elle mène uniquement des activités en lien avec cet objet telles que l'acquisition, la construction, la location, l'entretien d'édifices servant au culte ; Ses activités ne portent pas atteinte à l'ordre public.

La qualification d'association culturelle implique d'importantes conséquences sur le plan juridique dès lors qu'elle conditionne l'application de principe posé à l'article 19 ainsi que les aménagements législatifs dérogeant à ce principe.

Il découle des articles 2 et 19 de la loi du 9 décembre 1905 que les associations culturelles ne peuvent recevoir de subventions financière ou en nature de la part des collectivités publiques. La juridiction sanctionne toute subvention déguisée. A titre d'exemple, le Tribunal administratif de Nantes a sanctionné, dans un jugement rendu le 31 mars 2006, la réalisation d'un abattoir provisoire créé spécialement pour la fête religieuse de l'Aïd-el-Kébir qui avait été financièrement prise en charge par une commune. En outre, la mise à disposition gratuite à une association culturelle d'un local appartenant à la collectivité publique en vue de l'exercice d'un culte est illégale dès lors que le local n'a pas été affecté à cet effet en application de la loi de 1905.

Si le principe d'interdiction de tout subventionnement public au profit des associations culturelles est clairement posé par les textes et reçoit une application jurisprudentielle, force est pourtant de constater que, derrière cette règle inscrite dans le marbre républicain, de nombreux aménagements et dérogations sont prévus sur le plan juridique.

Alors que le Conseil Constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle au principe de la laïcité républicaine, cette consécration ne vaut que pour la neutralité religieuse de l'État qui puise sa source dans l'article 10 de la Déclaration de 1789. En effet, la jurisprudence n'a aucun cas consacré une règle constitutionnelle découlant directement de l'article 2 de la loi de 1905. Dans sa décision précitée rendue en 2005, le Conseil d'État précise même que le principe de laïcité « *n'interdit pas, par lui-même, l'octroi dans l'intérêt général et dans les conditions définies par la loi, de certaines subventions à des activités ou des équipements dépendant du culte* ».

Ainsi le législateur a été en mesure d'adopter des aménagements au principe d'interdiction consacré à l'article 2 de la loi de 1905. En premier lieu, les associations culturelles

bénéficient de certains avantages financiers concédés par les personnes publiques. Ces avantages financiers prennent la forme d'exonérations fiscales : Exonération de la taxe locale d'équipement, Exonération de la taxe foncière sur les propriétés bâties, Exonération de la taxe d'habitation au titre de l'édifice ou des locaux où se déroule le culte. En outre, les dons que reçoivent les associations sont fiscalement déductibles. Il convient de préciser que d'autres associations peuvent intervenir dans le domaine religieux sans pour autant recevoir la qualification d'association culturelle et ainsi bénéficier de ces avantages. Il en va ainsi d'associations dont l'objet n'est pas exclusivement l'exercice d'un culte et qui étant soumises classiquement au régime de la loi de 1901, ne peuvent jouir des privilèges fiscaux réservés aux seules associations culturelles. Enfin la loi du 9 décembre 1905 prévoit elle-même le financement public au profit des aumôneries scolaires, hospitalières et pénitentiaires.

Outre la question du financement par les collectivités des activités religieuses, l'étude de la laïcité impose d'étudier celle du financement public des lieux de culte.

## **2/ La question du financement public des lieux de culte**

Comme pour le financement des activités religieuses, il découle des dispositions des articles 2 et 19 de la loi du 9 décembre 1905, le principe d'interdiction de tout financement public des lieux de culte.

Aujourd'hui, la loi et la jurisprudence ont aménagé des dérogations importantes au principe de prohibition du financement public des lieux de culte. En effet, alors qu'elle consacre le caractère constitutionnel de la laïcité, la décision rendue le Conseil d'État le 25 août 2005 a déclaré que la liberté de culte, liberté fondamentale, ne se limite pas au seul droit de tout individu d'exprimer ses propres convictions religieuses dans le respect de l'ordre public, mais comporte également le droit de disposer librement de biens nécessaires à l'exercice de ses cultes. Ainsi la laïcité doit se conjuguer avec la liberté d'exercice de la religion, garantie par les collectivités publiques

et comprenant la libre disposition de lieux de culte.

Dans cinq décisions d'assemblée rendues le 19 juillet 2011, le Conseil d'État a précisé dans quelles conditions les collectivités territoriales peuvent prendre en charge les dépenses en rapport avec un lieu de culte ou une activité liée au culte et ce, à la lumière de la loi du 9 décembre 1905. Il a été jugé que la loi de 1905 ne fait pas obstacle à ce qu'une collectivité territoriale, ou un groupement de collectivités construise ou acquière un équipement ou autorise l'utilisation d'un équipement existant afin de permettre l'exercice de pratiques religieuses. Cependant cette possibilité est encadrée par deux conditions. Premièrement, il faut qu'il existe un intérêt public local, tenant à la nécessité des cultes et que ces cultes soient exercés dans le respect des impératifs d'ordre public, en particulier de la salubrité et de la santé publique. Deuxièmement, le droit d'utiliser cet équipement doit être consenti dans des conditions, notamment tarifaires, qui respectent la neutralité des collectivités publiques à l'égard des cultes, excluant ainsi toute libéralité et aide financière.

C'est dans ces conditions que le législateur est intervenu afin d'octroyer aux collectivités des moyens croissants afin de garantir l'exercice des cultes. Les exceptions consacrées par la loi du 9 décembre 1905

L'article 6 de la loi prévoit que pour les édifices religieux dont l'Etat et les collectivités sont propriétaires en vertu de la loi du 18 germinal an X, ces derniers sont « *responsables des dettes régulièrement contractées et afférentes à ces édifices* ». Sont ainsi visés les édifices servant d'une part à l'exercice public des cultes et, d'autre part, au logement de leurs ministres ainsi que toute dépendance immobilière. En outre l'article 13 de la loi prévoit que les collectivités peuvent engager les dépenses nécessaires pour l'entretien et la conservation des édifices dont la propriété leur est reconnue. Enfin l'article 19 précise que « *ne sont pas considérés comme des subventions les sommes allouées pour réparation aux monuments classés* ». Or un nombre important d'édifices religieux sont classés en tant que monument

historique. Il appartient au culte d'assurer le fonctionnement de l'édifice et à l'Etat d'assurer sa tutelle pour la conservation du monument.

Dans le cadre du bail emphytéotique administratif culturel, en premier lieu, la loi est venue officialiser une pratique des communes qui consistait à mettre des terrains leur appartenant à la disposition des associations culturelles leur permettant ainsi d'édifier et de gérer de nouveaux lieux de culte. Les dispositions de l'article L.1311-2 du Code général des collectivités territoriales prévoient que : « *Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique (...) en vue de l'accomplissement, pour le compte d'une collectivité territoriale, (...) en vue de l'affectation à une association culturelle, d'un édifice du culte ouvert au public (...). Le bail est dénommé bail emphytéotique administratif* ». Ainsi cet article permet aux collectivités publiques de mettre à la disposition d'une association culturelle un bien immobilier, tel un terrain, en vue de l'affectation ou de l'édification d'un lieu de culte ouvert au public. Il s'agit du bail emphytéotique administratif culturel. Le bail alors conclu comporte des effets juridiques bien spécifiques tels que la durée puisque ces contrats sont conclus pour une durée pouvant atteindre les 99 ans. En outre, ce contrat permet à la collectivité d'octroyer au preneur des droits réels sur l'immobilier cédé ce qui permettra à ce dernier de constituer des suretés et ainsi d'obtenir le financement nécessaire à la construction de l'édifice. Cependant le législateur a posé un encadrement juridique à une telle pratique contractuelle. En effet, le bail est réservé aux seules associations culturelles et l'édifice, objet du contrat, doit être ouvert au public. En outre, la pratique du bail emphytéotique doit se conjuguer avec le principe d'interdiction de subventionnement des cultes. Ainsi dans un jugement Ville de Roubaix rendu le 9 avril 2007, le Tribunal administratif de Lille a invalidé un contrat conclu pour une redevance symbolique. De la même manière, une disproportion manifeste entre d'une part l'évaluation faite par France Domaine du bien immeuble appartenant à la collectivité et, d'autre part, la redevance due au titre du contrat, peut conduire le juge administratif à annuler la délibération autorisant le maire à

signer le contrat et enjoindre la commune à résilier ce contrat.

Un autre aménagement légal de l'interdiction de financer publiquement la construction ou l'aménagement d'un lieu de culte est consacré à l'article L. 2252-4 du code général des collectivités territoriales qui permet aux communes et leurs groupements, et aux départements de sécuriser des financements privés en vue de la construction d'édifices religieux. Plus précisément, les collectivités peuvent garantir les emprunts contractés pour financer, dans les agglomérations en voie de développement, la construction par des groupements locaux ou des associations culturelles locales d'édifices répondant à des besoins collectifs de caractère religieux. Il peut être relevé que le code vise également des « groupement locaux » dont il est difficile d'appréhender la signification exacte sur le plan juridique. En outre, les difficultés financières et budgétaires rencontrées par de nombreuses collectivités posent la question de l'opportunité d'une telle disposition.

L'article L. 2144-3 du Code général des collectivités territoriales prévoit que « *des locaux communaux peuvent être utilisés par les associations, syndicats ou partis politiques qui en font la demande* » et que « *le maire détermine les conditions dans lesquelles ces locaux peuvent être utilisés, compte tenu des nécessités de l'administration des propriétés communales, du bon fonctionnement des services et du maintien de l'ordre public* ». Ainsi une collectivité peut mettre à la disposition d'une association culturelle une salle publique moyennant le versement d'un loyer normal afin que cette mise à disposition ne soit pas considérée comme une subvention en nature. Cependant il convient de souligner que le Conseil d'État a pu juger le 30 mars 2007, en tant que juge des référés, que la location d'une salle publique pour un prix qu'il a qualifié de « *plus favorable que les tarifs des salles privées* » à une association culturelle « *ne saurait être regardée comme une subvention à un culte prohibée* ». Cette jurisprudence tend ainsi vers un certain assouplissement au regard de la condition forfaitaire de la mise à disposition du local public. Le Conseil d'Etat a également précisé qu'« *une commune ne peut*

*refuser de mettre un local à disposition d'une association au seul motif que la demande serait adressée dans le but d'exercer un culte* ». Cette faculté mise à la disposition des collectivités publiques a toute son importance dans la mesure où cela permet à des religions minoritaires ne bénéficiant pas de lieux de culte, de pouvoir pratiquer leurs rituels religieux en ayant à leur disposition des locaux dédiés.

Ainsi le financement public du fait religieux, interdit en principe, fait néanmoins l'objet de nombreux aménagements. Cet état de droit s'il permet d'ouvrir un champ non négligeable de possibilités, permettant aux collectivités d'offrir la garantie de pouvoir exercer librement et effectivement ses convictions religieuses, n'en constitue pas moins une source de complexité juridique. Notons que se pose le problème du financement des lieux de culte par des puissances étrangères et de leur influence sur le territoire national. Mais au-delà de la conduite financière des collectivités publiques, la laïcité suppose une neutralité religieuse au sein de l'administration, garantissant ainsi égalité de traitement tout en protégeant l'ordre public contre les différentes formes de dérives.

## **II/ LES ENJEUX SOULEVES PAR LA LAÏCITE A L'ECHELON LOCAL**

Confrontées en première ligne à l'application de la laïcité sur le terrain local, les collectivités se doivent de garantir la neutralité religieuse des services publics (A). En outre, il leur incombe de garantir l'équilibre entre exercice libre des convictions religieuses et la protection préventive de l'ordre public (B).

### **A/L'exigence d'un service public areligieux**

L'ensemble des services publics nationaux et territoriaux sont soumis au principe d'égalité. Cela s'oppose ainsi à ce qu'il soit tenu compte, dans leur fonctionnement, des convictions religieuses. À ce titre, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît constamment que les fonctionnaires doivent être soumis à une obligation de discrétion dans l'expression publique de leurs convictions religieuses. En effet, le service public constitue un terrain sur lequel la laïcité présente

d'importants enjeux et force est de constater que certaines pratiques locales suscitent de réels débats sur le plan de la neutralité religieuse dans la sphère publique. A titre d'exemple, l'aménagement de créneaux horaires réservés exclusivement aux femmes au sein d'une piscine municipale a suscité une grande contestation et il est permis de se demander si une telle problématique ne sera pas portée devant le juge administratif. Si tel était le cas, le juge serait susceptible de relever une rupture d'égalité devant le service public. Ainsi il est important d'appréhender les régimes juridiques ainsi que les problématiques soulevées par la laïcité au sein de plusieurs services publics qui caractérisent la vie locale au sein des collectivités.

### 1/ Le service public de l'Éducation Nationale

La laïcité y a toujours joué un rôle primordial dès lors que la République s'est construite sur le développement de l'école laïque gratuite et obligatoire. Pourtant, le régime d'application du principe de neutralité religieuse dans les écoles s'est développé différemment entre personnels du service public et usagers.

Concernant le personnel de l'Éducation Nationale, il ressort de l'arrêt Demoiselle JAMET rendu par le Conseil d'État en 1950 que celui-ci est soumis à une obligation stricte de neutralité religieuse. Dans un avis rendu le 3 mai 2000, le Conseil d'État a relevé que « *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* ». De ce considérant il découle deux éléments cruciaux. Les fonctionnaires disposent de la liberté de conviction qui s'oppose à toute discrimination d'ordre religieux lors du recrutement et du déroulement de leur carrière. En revanche, ils ne peuvent disposer librement du droit de manifester leurs croyances dans le cadre du service public. L'enjeu est de protéger d'une part l'égalité inhérente au service public, mais

également de protéger la liberté de conscience religieuse des élèves. Si l'agent ne respecte pas cette règle, il s'exposera, le cas échéant, à des poursuites disciplinaires pouvant aboutir à la radiation pour un fonctionnaire soumis au régime statutaire, ou au licenciement pour un agent contractuel.

Si l'état de droit n'a pas posé de difficultés particulières pour le personnel, l'application de la laïcité a suscité et suscite toujours un important débat pour les usagers du service public : les élèves. En effet, le principe de neutralité religieuse du service public s'est heurté à la liberté religieuse des élèves. Dans un avis d'assemblée rendu le 27 novembre 1989 par le Conseil d'État, il fut rappelé le principe tendant à l'illégalité des interdictions de portée générale et absolue, notamment celles tendant à interdire le port du foulard islamique à l'école. La haute juridiction sanctionna ainsi le règlement intérieur d'un établissement scolaire prévoyant qu'« *aucun élève ne sera admis en salle de cours, en étude ou au réfectoire la tête couverte* ». Le Conseil releva que le foulard islamique n'est « *par lui-même incompatible avec le principe de laïcité et que l'exclusion d'un élève motivée par la circonstance qu'il porte des signes* » religieux apparent est illégale. Ces décisions peuvent surprendre eu égard au principe constitutionnel ci-dessus énoncé et n'a pas facilité la clarté de compréhension du principe de laïcité se voulant publique. Cet avis fut confirmé par un arrêt rendu le 2 novembre 1992. Cependant cette défense de la liberté de port de signes religieux rencontrait déjà certaines limites dans son exercice. En effet, étaient d'ores et déjà interdits par la jurisprudence tout acte de propagande, de prosélytisme ou de provocation ainsi que tout comportement qui porterait atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, engendrerait des troubles à l'ordre public ou au bon déroulement des activités d'enseignement. Plusieurs jurisprudences ont découlé de cet état de droit. Dans un arrêt Epoux Aoukili rendu en 1995, le Conseil d'État déclara illégales des sanctions prises à l'encontre d'un élève fondées sur le manquement d'obligation à l'assiduité consécutif au refus de l'élève d'ôter le voile en cours d'éducation physique et sportive. Une telle

solution fut adoptée pour un refus catégorique de l'élève de se rendre au cours d'éducation physique et sportive dans l'arrêt *Chedouane* rendu par le Conseil d'État en 1996. Dans d'autres cas, le juge administratif a pu faire preuve de plus de souplesse dans sa prise de décision. A titre d'exemple, dans un arrêt *Koen et Consistoire central des israélites de France*, le Conseil admit la possibilité d'une dispense d'assiduité aux cours ou aux examens lorsqu'elle est nécessaire à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse et à condition qu'elle soit compatible avec l'organisation des études et le respect de l'ordre public au sein de l'établissement scolaire. Il peut être relevé que le juge a tenté alors d'opérer un compromis entre l'obligation scolaire et la liberté religieuse. Cette souplesse induite par la jurisprudence administrative suscita des conflits de plus en plus prégnants autour du port du foulard islamique à l'école, nécessitant une intervention du législateur. Ainsi la loi du 15 mars 2004 a posé l'interdiction du port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement leur appartenance religieuse, et ce, dans les écoles, les collèges et les lycées publics. Cette règle se substitue à la jurisprudence antérieure du Conseil d'État. Elle se trouve codifiée à l'article L.141-5-1 du code de l'Éducation Nationale. Par conséquent, la violation de cette obligation exposera, le cas échéant, l'élève à des sanctions disciplinaires. L'article prévoit alors que l'adoption d'une sanction doit être précédée d'un dialogue avec l'élève dans les conditions fixées par le conseil d'administration de l'établissement.

Il convient de relever que la prise de sanction pouvant aller jusqu'à l'exclusion définitive est beaucoup plus souple que sous l'empire de l'ancienne jurisprudence du Conseil d'État. La circulaire du 18 mars 2004 est venue préciser ce en quoi consistent les signes religieux dont le port est interdit à l'école. Il s'agit de signes « dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse tels que : le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive ». La circulaire précise néanmoins que les élèves ont le droit de porter des « signes religieux discrets ». Cette distinction entre le caractère « ostentatoire » et le caractère « discret » est

source de contentieux eu égard aux conséquences qui en découlent. Cependant force est de constater que cette loi ne s'applique pas au sein des établissements universitaires. Cela est-il compréhensible pour tous ? En outre, le texte précise que les parents d'élèves ne sont pas visés par ces dispositions. Qu'en est-il alors du parent qui accompagne les élèves dans le cadre d'activité culturelle ou sportive organisée par l'école ?

Le domaine de la gestion des parents accompagnateurs fut et continue de nourrir les plus vifs débats touchant à la laïcité du service public scolaire. En effet, de plus en plus de personnels et de parents d'élèves s'inquiètent du port de signes religieux ostentatoires par des parents accompagnateurs lors de sorties scolaires. La circulaire dite « Chatel » du 27 mars 2012 dispose que le principe de laïcité permet « notamment d'empêcher que les parents d'élèves ou tout autres intervenants manifestent, par leur tenue ou leur propos, leurs convictions religieuses, politiques ou philosophiques lorsqu'ils accompagnent les élèves lors des sorties et voyages scolaires ». Ce positionnement fait écho à un jugement que le Tribunal administratif de Montreuil avait rendu le 22 novembre 2011. Le juge s'était trouvé saisi d'un recours en annulation porté à l'encontre d'un règlement intérieur qui prévoyait que « les parents volontaires pour accompagner les sorties scolaires doivent respecter dans leur tenue et leur propos la neutralité de l'école laïque ». La juridiction rejeta le recours au motif que devait s'appliquer le principe de neutralité du service public scolaire. Malgré la teneur limpide de cette position ministérielle, ce domaine fait toujours l'objet d'un débat institutionnel. Dans une étude remise au Défenseur des droits, datée du 19 décembre 2013, le Conseil d'État rappela que « les usagers du service public et les tiers à ce service (...) ne sont pas soumis à l'exigence de neutralité religieuse ».

Il en déduit néanmoins que « les exigences liées au bon fonctionnement du service public de l'éducation peuvent conduire l'autorité compétente, s'agissant des parents qui participent à des déplacements ou des activités scolaires, à recommander de s'abstenir de manifester leur appartenance ou leurs croyances

*religieuses* ». Ainsi il peut être constaté que si le Conseil d'État expose une vision plus souple que celle exposée dans la circulaire « Chatel », il ne prend pas néanmoins clairement position, se contentant d'admettre la possibilité de formuler des recommandations. Précisions qu'en tout état de cause, il ne s'agit que d'une étude et que par conséquent, ce document ne revêt aucune force contraignante.

Plus récemment encore, le Ministre de l'Éducation Nationale a déclaré dans son communiqué adressé à l'Observatoire de la laïcité le 21 octobre 2014 que : « *Les parents accompagnant des sorties scolaires ne sont pas soumis à la neutralité religieuse. Ils ne peuvent être considérés comme des agents auxiliaires du service public et soumis aux règles du service public* ». Comment expliquer la circulaire « Chatel » interdisant l'accompagnement aux femmes voilées et les propos de la Ministre Madame Vallaud-Belkacem considérant cette pratique réglementaire. Cette position beaucoup plus souple n'a pourtant pas abouti à l'adoption d'un nouveau texte en la matière, le texte de référence demeurant à priori la circulaire « Chatel ». D'autres problématiques sont soulevées par l'application de la laïcité dans le domaine scolaire.

Force est de constater que les collectivités publiques locales sont de plus en plus sollicitées pour l'adoption de menus spécifiquement adaptés à certaines pratiques religieuses. Ce problème est notamment rencontré pour le service de viande halal en cantine scolaire. La loi du 13 août 2014 relative aux libertés et responsabilités locales a transféré aux collectivités territoriales la responsabilité de la restauration scolaire. Ainsi la cantine scolaire est un service public facultatif proposé par les collectivités. Il découle de ce caractère facultatif qu'« en l'absence de réglementation nationale, il appartient à chaque organe délibérant (conseil municipal pour l'enseignement primaire, conseil général pour les collèges et conseil régional pour les lycées) de poser les règles en la matière » rappelle une circulaire du Ministre de l'Intérieur publiée en août 2011. Déjà dans une ordonnance Madame Renault, rendue par le Conseil d'État en 2002, il avait été jugé que la circonstance qu'une commune serve du poisson

le vendredi, mais refuse de tenir compte des prescriptions alimentaires d'autres religions ne constituait pas une atteinte aux droits fondamentaux. Le tribunal administratif de Marseille avait jugé en 1996 que les collectivités territoriales jouissaient d'une grande liberté en la matière et qu'il ne leur incombait en aucune manière l'obligation d'adapter les menus qu'elles proposent aux différentes convictions religieuses. S'il ne pèse aucune obligation sur les collectivités territoriales en la matière, il convient de préciser néanmoins que beaucoup de collectivités font l'effort d'adapter leur menu en proposant notamment des substituts à la viande de porc. Cet effort d'adaptation peut se retrouver notamment dans le domaine pénitentiaire où l'on aménage les horaires de prise de repas en période de jeûne. En tout état de cause, il appartient aux parents de prendre en charge les menus de leurs enfants s'ils désirent que ceux-ci s'alimentent dans le respect de certaines exigences religieuses.

## **2/La question de la laïcité dans les crèches et les garderies**

Comme tout service public, la crèche est assujettie au respect, par ses personnels, de l'obligation de neutralité. Cette règle vaut pour les entités publiques et a suscité des difficultés pour les entreprises régies par le droit privé, et donc par le droit du travail, comme l'illustre l'affaire de la crèche Baby-loup.

Dans cette affaire, cette entreprise avait licencié une employée au motif que celle-ci avait refusé d'ôter le voile islamique sur les lieux de travail. Durant cinq années de bataille judiciaire, l'employée invoquait la méconnaissance de sa liberté religieuse par le règlement de l'association qui prévoyait que « *le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice des activités développées, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes, qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche* ». Par un arrêt rendu en assemblée plénière, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par l'employée, en relevant que ce règlement ne revêtait pas un caractère général, mais qu'au

contraire, il était suffisamment précis, justifié par les tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionné au but recherché. Ainsi la jurisprudence prévoit qu'une telle entreprise peut prévoir un règlement limitant la liberté religieuse dans la sphère professionnelle si : Si le règlement est suffisamment précis, Si les tâches accomplies le justifient, Si cette limitation est proportionnée au but recherché. Aussi une crèche gérée par une personne morale régie par le droit privé, peut appliquer, sous certaines conditions, un certain degré de neutralité. Ce qui pose la question de l'application de la neutralité religieuse dans le domaine de l'entreprise. Si les services publics tenant à l'éducation et à l'instruction de la jeunesse sont directement visés par l'enjeu que représente la laïcité républicaine, force est de constater que d'autres services publics se voient confrontés à des difficultés d'application juridique de la règle de la neutralité religieuse.

### **3/ La laïcité en milieu hospitalier**

Le domaine hospitalier est particulier et l'enjeu que représente la laïcité n'est pas sans rencontrer quelques difficultés dans la mesure où les patients y reçoivent un certain nombre de traitements et doivent, dans certains cas, y séjourner pour une période plus ou moins longue. C'est pourquoi le service hospitalier garantit aux patients la possibilité d'exercer leur confession religieuse en érigeant une charte multiconfessionnelle et en organisant des services d'aumônerie. Toutefois, à l'instar du service de l'éducation, le droit des usagers au respect de leur conviction religieuse, ne peut s'exercer que dans la limite de la neutralité du service public, de son bon fonctionnement et des impératifs d'ordre public, de sécurité, de santé et d'hygiène.

Par conséquent, rien ne s'oppose à des demandes formulées par des usagers et fondées sur des considérations religieuses, consistant à être soigné par un médecin du même sexe. Pour autant, le service n'est nullement tenu de faire droit à de telles demandes si cela nuit au bon fonctionnement du service ou à la qualité des soins. En outre, la jurisprudence du Conseil d'État protège le médecin en cas de refus du patient de subir de soins pour des motifs

religieux. Dans sa décision Sonanayake rendue le 26 octobre 2001, il a refusé de voir une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'établissement hospitalier dans le choix des médecins de procéder à des transfusions sanguines visant à sauvegarder la vie du patient alors que ce dernier, témoin de Jéhovah, refusait toute transfusion sanguine en invoquant des motifs religieux.

### **4/ La laïcité au sein des cimetières publics**

L'article L.2213-9 du Code général des collectivités territoriales prévoit que : « *Sont soumis au pouvoir de police du maire le mode de transport des personnes décédées, le maintien de l'ordre et de la décence dans les cimetières, les inhumations et les exhumations, sans qu'il soit permis 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* ». Ainsi il incombe au maire de veiller à la neutralité des parties communes d'un cimetière. Précisons qu'il n'est nullement interdit d'apposer des manifestations extérieures de son appartenance religieuse dans l'enceinte des cimetières publics. Une difficulté peut être rencontrée à propos de la création d'un carré confessionnel au sein d'un cimetière public. Il convient de distinguer deux règles. En premier lieu, la loi interdit au maire de créer un carré confessionnel au sein d'un cimetière public dans la mesure où cela le conduirait à s'interroger sur l'appartenance religieuse du défunt lors de l'examen de demande de concession funéraire. En effet, le texte est très clair, le maire est responsable de l'organisation du cimetière public sans établir de distinction en raison de la religion. En second lieu, la règle de laïcité n'interdit pas au maire de prendre acte de la volonté de la personne défunte d'être enterrée dans un espace particulier, permettant ainsi les regroupements de fait.

Si l'application de ces règles semble ne pas susciter de difficultés, il n'en reste pas moins qu'un certain malaise des élus locaux persiste sur la question des carrés confessionnels créés de fait, sans véritable cadre juridique. Deux circulaires du 28 novembre 1975 et du 14 février 1991 avaient pourtant signalé aux maires la possibilité d'un regroupement dans les faits

des sépultures de défunts souhaitant être inhumés dans un carré propre à leur religion, sous réserve de respecter la neutralité religieuse du cimetière public. Mais les maires ont souligné l'absence de décision claire de l'État dans ce domaine et dénoncé l'insécurité juridique qui en découle. En tout état de cause, le maire reste responsable du bon ordre du cimetière public et il peut prendre acte du choix de la personne défunte d'être inhumée dans un espace particulier, permettant ainsi les regroupements de fait.

Si leurs services publics constituent un terrain de confrontation et d'enjeux en matière de laïcité, les collectivités publiques sont également confrontées à l'obligation de garantir le respect de la liberté religion et à l'impératif de garantir l'ordre public contre toute atteinte.

### **B/ L'action de la collectivité : entre garantie de la liberté religieuse et protection préventive de l'ordre public**

Il résulte des textes constitutionnels que les collectivités publiques doivent assurer le respect de la liberté religieuse. Cette dernière consiste à choisir entre croire et ne pas croire, à choisir sa religion et à l'exercer librement. Pour autant, cette liberté ne connaît-elle pas de limite ?

Il convient de rappeler la lettre de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel la France respecte la liberté des religions « pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». Ainsi le libre exercice des religions connaît une limitation tirée de la protection de l'ordre public. L'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme opte pour la même logique : « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et liberté d'autrui* ». Ces textes posent tous deux une limite à la liberté de religion, même si les terminologies diffèrent. Quelle est donc la marge de manœuvre des collectivités

territoriales en la matière ? Ces limites sont d'abord définies par les jurisprudences françaises et européennes en matière de liberté religieuse et d'ordre public (1). Mais la nécessité de protéger la société contre certaines dérives religieuses a nécessité, là encore, l'intervention du législateur (2).

### **1/ La jurisprudence relative au pouvoir de police administrative des collectivités**

La jurisprudence française fut la première à développer son positionnement en la matière, et ce dès le début du vingtième siècle, puis la jurisprudence européenne reconnut une marge de manœuvre au profit des états face aux dérives religieuses troublant l'ordre public.

Certaines autorités publiques, comme les maires, disposent d'un pouvoir en matière de police administrative. Ce pouvoir consiste à prévenir tout trouble à l'ordre public. L'ordre public trouve une définition à l'article L 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, relatif à la police municipale, et comprend « *le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* ». Cette définition est classique et la jurisprudence administrative a progressivement intégré les notions d'esthétisme et de dignité humaine au sein de la notion d'ordre public. Ainsi le maire a le pouvoir de prendre des décisions visant à prévenir toute atteinte à l'ordre public, même si cette atteinte résulte d'une manifestation religieuse. Toutefois, il convient de préciser que la jurisprudence a encadré l'action publique. Depuis le début du vingtième siècle, le Conseil d'État a élaboré une jurisprudence en la matière. Dans un arrêt Abbé Olivier rendu le 19 février 1909, le Conseil d'État devait juger de la légalité d'un arrêté pris par le maire de Sens qui avait interdit « *toutes manifestations religieuses et notamment celles qui ont lieu sur la voie publique à l'occasion des enterrements* ». Le commissaire du gouvernement Chardenet invita les juges à « *examiner qu'elle est la limite des devoirs du maire et à rechercher si les arrêtés de police ont été pris dans l'intérêt du maintien de l'ordre public* ». En l'espèce, les magistrats ont déclaré légale l'interdiction des processions, cortèges et cérémonies, mais annule la réglementation des convois funèbres. Cette décision pouvait se

justifier au regard du contexte anticlérical de l'époque. C'est néanmoins à partir de cette décision, que la jurisprudence a émergé en la matière. Le maire pourra interdire des manifestations religieuses dans le but de prévenir des atteintes, des troubles à l'ordre public, mais la mesure qu'il adoptera devra respecter le principe de proportionnalité. Cela signifie que le préfet dans son contrôle de légalité et le juge, saisi d'un recours en annulation, contrôleront, le cas échéant, que la décision a bien été prise dans le but de prévenir tout trouble à l'ordre public et que l'interdiction était le seul moyen de parvenir à cet objectif. En effet, cette proportionnalité entre la mesure et l'objectif poursuivi tend à écarter, en principe, toute interdiction totale. Cette exigence de proportionnalité s'impose d'autant plus que les associations culturelles pourront, en cas d'arrêt d'interdiction, opposer au maire la liberté fondamentale de réunion que le Conseil d'État consacra dans sa décision Benjamin de 1933. Il conviendra le cas échéant d'adopter une démarche pédagogique afin d'aboutir à une meilleure compréhension des lois de la République.

La jurisprudence européenne a également dégagé une ligne de conduite en la matière. En effet, dans un arrêt Sahin contre Turquie rendu le 10 novembre 2005, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que l'interdiction du port du voile islamique au sein d'un campus universitaire constitue, certes, « *une ingérence dans l'exercice du droit de manifester sa religion* », mais qu'une importante marge d'appréciation doit être laissée à l'État. Par conséquent, la Cour en a déduit que l'État ne contrevenait pas aux stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Ainsi même si elle opère un contrôle sur les décisions publiques ayant pour objet de restreindre l'exercice de la religion, la Cour n'en laisse pas moins aux Etats une marge d'appréciation, ces derniers protégeant souverainement l'ordre public. Pour autant, la Cour a déjà prononcé des condamnations pour violation de la liberté religieuse. En effet, dans un arrêt Ahmet Arslan et a. contre Turquie rendu le 23 février 2010, la Cour a condamné la Turquie, relevant que l'intervention de l'État, consistant à arrêter puis condamner pour

trouble à l'ordre public, les participants à une procession devant une mosquée, vêtus d'une tunique et d'un turban religieux, n'était pas justifiée au regard de l'article 9 de la convention. La Cour rappelle ainsi qu'il doit exister une parfaite adéquation entre, d'une part, les atteintes à la liberté, et, d'autre part, les impératifs de sécurité publique. Il a été relevé que cette exigence de la Cour tend à restreindre la marge d'appréciation des Etats qui se révèle pourtant indispensable au maintien en vigueur de la démocratie constitutionnelle.

Si les collectivités prennent des décisions encadrant localement l'exercice de la religion dans le but de prévenir tout trouble à l'ordre public, la loi est également intervenue afin de fixer des régimes d'interdiction dont l'application revêt une portée générale.

## 2/ La loi du 11 octobre 2010

Le législateur est intervenu dans la matière afin d'interdire la dissimulation du visage dans l'espace public. Certes, cette loi vise toute forme de dissimulation du visage, mais la volonté du législateur porte bien sur l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public. Son article premier énonce simplement que « *nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée dissimuler son visage* ». Il est intéressant de relever que si la jurisprudence tend à écarter toute interdiction totale, l'interdiction consacrée par ce texte peut être considérée comme bénéficiant d'une portée générale dans son application juridique.

Ainsi le fait de dissimuler son visage constitue une contravention de deuxième classe pouvant conduire à une condamnation pénale de 150 euros d'amende et/ou à un stage de citoyenneté.

En outre, précisons que la loi limite cependant la possibilité d'intervention des policiers et gendarmes en la matière. En effet, les forces de police n'ont pas « *le pouvoir de faire ôter les vêtements* » de la personne, mais si cette dernière refuse de se prêter au contrôle, les agents pourront lui notifier les conséquences de ce refus et l'emmener aux locaux de police afin de procéder à la vérification d'identité.

Néanmoins la circulaire « Fillon » du 2 mars 2011 est venue préciser que cette solution ne doit être utilisée « qu'en dernier recours ».

De plus, constitue un délit le fait d'imposer à autrui de dissimuler son visage. Ce délit peut entraîner une condamnation à un an d'emprisonnement ainsi qu'une amende de 30.000 euros.

Saisi à propos de la constitutionnalité de cette loi, le Conseil Constitutionnel l'a jugée conforme à la Constitution en relevant notamment que « *les femmes dissimulant leur visage, volontaires ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité* » et qu'en adoptant un tel texte, le législateur a « *complété et généralisé des règles jusque-là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public* ».

Le législateur est ainsi venu apporter un complément aux mesures de police qui avaient pu être déjà prises à l'échelle locale, afin de définir un régime légal destiné à limiter les dérives de certaines pratiques religieuses sur l'espace public, défendant ainsi les principes d'égalité et de liberté.

On doit considérer que cette loi pose une règle de sécurité et non pas une règle de discrimination et que, malheureusement, les événements de ces derniers mois ne permettent pas de tolérer que l'on puisse circuler en dissimulant son visage. Ainsi les collectivités publiques peuvent se fonder juridiquement sur cette loi afin de faire respecter l'interdiction du port du voile intégral sur l'espace public. Cependant force est de constater que la concrétisation de cette interdiction sur le terrain peut se révéler très difficile au regard, d'une part de l'encadrement législatif et réglementaire des actions policières et, d'autre part, des moyens humains et matériels dont disposent effectivement les collectivités locales.

## L'actualité

### Droit des obligations

Jacob BERREBI

Enseignant de Droit privé

#### 1/ L'erreur sur la rentabilité écartée Com. 5 janvier 2016, pourvoi n° 14-11.624

Dans un arrêt du 4 octobre 2011, la Cour de cassation avait affirmé sous la forme d'un principe que l'erreur sur la rentabilité dans le contrat de franchise constitue une erreur, vice du consentement, source de nullité de ces conventions (Com. 4 octobre 2011, pourvoi n° 10-20956). Depuis la consécration de cette dimension économique donnée à l'erreur de l'article 1110 du Code civil, la Cour régulatrice donne la mesure de sa mise en œuvre : d'une part, en la retenant dès lors que les chiffres prévisionnels fournis par le franchiseur sont exagérément optimistes, que l'écart avec le chiffre d'affaires réalisé par le franchisé est conséquent et que ce dernier n'a commis aucune faute de gestion (Com. 12 juin 2012, pourvoi n° 11-19047); d'autre part, en l'écartant lorsque le caractère incomplet des documents précontractuels fournis ne suffit pas à démontrer que le franchisé ne s'est pas engagé en connaissance de cause (Com. 7 octobre 2014, pourvoi n° 13-23119) ou lorsque les documents prévisionnels ne sont pas irréalistes, ce qui est démontré par la réalisation d'un chiffre d'affaires conséquent par d'autres franchisés (Com. 21 octobre 2014, pourvoi n° 13-11186).

Dans la présente affaire, la Haute juridiction poursuit cette entreprise de construction, donnant la mesure de l'appréciation de l'erreur sur la rentabilité. En l'espèce, un contrat de franchise est conclu entre la société C., franchiseur, et M. X, gérant d'une société exploitant plusieurs établissements commerciaux passant sous enseigne, dès lors franchisés. Près d'un an après la conclusion du contrat, les franchisés cessent de payer la

redevance prévue au contrat. Par suite, le franchiseur résilie la convention et se voit assigner en retour par les franchisés en annulation et responsabilité. Alors que les juges du fond repoussent leurs prétentions, les franchisés forment un pourvoi devant la Cour de cassation arguant notamment, d'un côté, que les résultats prévisionnels avaient été établis sur la base d'un concept qui avait été modifié et qui ne pouvait en soi générer des résultats positifs et de l'autre, qu'aucune faute de gestion n'était imputable aux franchisés.

Bien qu'inspirés, comme on le constate aisément, d'antécédents jurisprudentiels, ces arguments ne prospèrent pas devant les hauts conseillers. Le pourvoi est rejeté : la Cour de cassation s'appuie sur les constatations des juges du fond, aux termes desquelles les informations fournies par le franchiseur aux franchisés n'étaient ni erronées ni lacunaires. Encore, les juges soulignent que la faible rentabilité de l'exploitation résulte de paramètres multiples, et, en particulier, de la gestion des franchisés eux-mêmes. Dès lors, les franchisés s'étaient engagés en connaissance de cause et ne peuvent valablement invoquer une quelconque erreur, vice du consentement.

#### 2/ Le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 1142-1, I du Code de la santé publique

Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janvier 2016, pourvoi n° 15-16.894, QPC

L'article L. 1142-1, I du Code de la santé publique dispose en ses alinéas 1 et 2 que « *Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services*

*et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* ».

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation considère que la question de conformité de ce texte revêt un caractère sérieux et mérite donc d'être transmise au Conseil constitutionnel. Précisément, la critique du texte devrait se faire à l'aune du principe d'égalité des citoyens devant la loi garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En effet, les patients ayant contracté une infection nosocomiale doivent prouver l'existence d'une faute lorsque les soins ont été prodigués par un professionnel de santé exerçant à titre libéral, alors que la responsabilité des établissements de santé est de plein droit, sauf preuve d'une cause étrangère.

## Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Enseignant de Droit privé

### **Demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal et subsidiairement pour faute** Civ. 1<sup>re</sup>, 16 déc. 2015, n° 14-29.322

En application de l'article 246 du Code civil, la Cour de cassation affirme que si une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal et une demande pour faute sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande pour faute, même si la demande reconventionnelle en divorce pour faute est présentée à titre subsidiaire.

Au sein de cette espèce, le mari a introduit une instance en divorce pour altération définitive du lien conjugal. De son côté, l'épouse sollicite, à titre principal, le rejet de cette demande et forme, à titre subsidiaire, une demande reconventionnelle en divorce pour faute. Les juges du fond ont prononcé le divorce pour altération définitive du lien conjugal au motif de la subsidiarité de la demande reconventionnelle en divorce pour faute de l'épouse.

La Haute cour considère que les juges du fond ont violé les prescriptions procédurales de l'article 246 du Code civil. En effet, si une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal et une demande pour faute sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande pour faute et s'il rejette celle-ci, le juge statue sur la demande pour altération définitive du lien conjugal. L'apport de la Cour de cassation est de préciser que cet ordre procédural vaut également « *même si la demande reconventionnelle en divorce pour faute est présentée à titre subsidiaire* ». La solution n'est pas nouvelle et est dans la lignée des arrêts précédents. En effet, la Cour de cassation avait déjà retenu une telle solution lorsqu'une demande principale en divorce pour altération définitive du lien conjugal à laquelle le demandeur ajoutait une demande subsidiaire en divorce pour faute (Civ. 1<sup>re</sup>, 11 sept. 2013, n° 11-26.751). Au final, le juge ne pourra prononcer le divorce pour altération définitive du lien conjugal que s'il rejette le divorce pour faute. Dans cette hypothèse, le délai de 2 ans requis pour le divorce pour altération définitive du lien conjugal n'est plus exigé (art. 238 al. 2 C. civ.).

## Droit des affaires

Jacob BERREBI

Enseignant de Droit privé

### **Conséquences de la nullité du contrat de location-gérance**

Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 décembre 2015, pourvoi n° 14-22.692

Au croisement du droit commercial et du droit des contrats, se pose particulièrement la question des effets de la nullité du contrat de location-gérance. En l'espèce, un tel contrat portant sur l'exploitation d'un fonds de commerce de café-bar-restaurant est conclu entre les consorts X, bailleurs du fonds, et Madame Y, locataire-gérant. Trois ans plus tard, les premiers livrent congé à cette dernière qui le

conteste. Assignée en congé et expulsion, elle assigne le loueur en annulation de la convention.

Les juges du fond prononcent effectivement l'annulation du contrat, mais condamnent, au titre des restitutions, le locataire-gérant à payer au loueur une somme correspondant au profit tiré de la location-gérance.

La Cour de cassation censure logiquement l'arrêt d'appel sur le fondement de l'article 1304 du Code civil, rappelant ainsi que la nullité emporte l'effacement rétroactif du contrat et a pour effet de remettre les parties dans la situation initiale. Les hauts conseillers décident ainsi que la remise des parties dans l'état antérieur à un contrat de location-gérance annulé exclut que le bailleur obtienne une indemnité correspondant au profit tiré par le locataire de l'exploitation du fonds de commerce dont il n'a pas la propriété. Ainsi, il n'y a aucune corrélation entre l'indemnité d'occupation correspondant à l'impossibilité pour le bailleur de disposer de son bien et le profit réalisé par le locataire-gérant.

## Droit du travail

Lucie HABERMAN  
Inspectrice des douanes

### Rapport Badinter sur la refonte du droit du travail

Le Code du travail recense l'ensemble des dispositions constituant la réglementation du travail (lois et décrets) dans un même recueil. La partie législative du Code du travail a été dans une large mesure réécrite en 2008 (réforme suivie de nombreuses modifications ponctuelles depuis).

Cependant, certaines dispositions de l'ancien code ont été maintenues en vigueur. De plus, le Code du travail compte près de 8000 articles, certains sont à l'évidence obsolètes sinon désuets. Afin de le simplifier, de le mettre à jour et, de manière espérée, participer à la lutte contre le chômage, une réforme du Code du travail est prévue à l'horizon 2018. Pour ce faire,

le 24 novembre 2015, la ministre du Travail, Myriam El Khomri, a installé une commission, menée par Robert Badinter, ayant pour objectif de « dégager les principes juridiques les plus importants » sur lesquels sera fondé le futur Code du travail. Le rapport de la commission a été rendu le 25 janvier 2016 au Premier ministre, Manuel Valls.

En préambule, Robert Badinter rappelle que ce qui « constitue le cœur du droit du travail français, c'est la volonté d'assurer le respect des droits fondamentaux de la personne humaine au travail ». Sur ce point, le comité a raisonné à droit constant, c'est-à-dire en fondant son analyse sur les dispositions actuelles du Code du travail et maintient donc les principes généraux tels que la garantie des « libertés et droits fondamentaux de la personne » (art.1), le « respect de la dignité dans le travail » (art. 2) ou l'interdiction des « discriminations » (art.5).

En outre, le rapport réaffirme la place centrale du contrat de travail à durée indéterminée auquel il ne peut être dérogé que dans les cas prévus par la loi (art. 13). Les droits à un salaire minimum (art. 30), à des repos quotidiens et hebdomadaires (art.35) et des congés payés annuels (art. 38) sont garantis et ils devront être fixés par la loi.

Enfin sont abordés un volet santé et sécurité au travail et un autre, portant sur les libertés syndicales et collectives.

D'après une déclaration du Premier ministre, ces principes essentiels devront non seulement conduire la rédaction du prochain Code du travail, mais aussi y figurer en préambule.

## Procédure civile

Franck TOURET  
Enseignant de Droit privé

### Nature juridique de l'incident de faux Civ. 1re, 9 déc. 2015, n° 14-28.216

La Cour de cassation rappelle que l'incident de faux, qui tend à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une prétention, constitue non une exception de procédure, mais une

défense au fond et peut, dès lors, être proposé en tout état de cause

Dans cette espèce, le vendeur soutenait que la signature apposée sur un acte authentique de vente de biens immobiliers n'était pas la sienne. Il décide donc d'engager une procédure d'inscription en faux après avoir agi en annulation de la vente. La cour d'appel a déclaré l'inscription de faux irrecevable, considérant que la procédure intentée par le vendeur constitue un incident affectant l'administration de la preuve devant être présentée avant toute défense au fond.

Toutefois, pour la Haute juridiction en statuant ainsi alors que l'incident de faux, qui tend à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une prétention, constitue non une exception de procédure, mais une défense au fond et peut, dès lors, être proposé en tout état de cause. Dès lors, la cour d'appel a violé les articles 71, 72, 73 et 306 du Code de procédure civile, les deux premiers, par refus d'application, et les deux derniers, par fausse application. La Cour de cassation réaffirme ainsi une solution déjà acquise (Civ. 1re, 24 oct. 2006, n° 05-21.282). La solution est parfaitement conforme aux textes et à la distinction entre défense au fond et exception de procédure. En effet, cette dernière tend à contester la régularité de la procédure ou à en suspendre le cours. En revanche, la défense au fond consiste à contester le droit substantiel de la partie adverse et à faire déclarer infondée la prétention. Aussi, l'inscription de faux tend à faire reconnaître la fausseté d'une preuve afin que le juge l'écarte des débats et rejette la prétention adverse.

## Procédure Pénale

Morgane WERNER  
Juriste

### 1/ L'épineuse inconstitutionnalité de la saisie de pièces couvertes par le secret du délibéré QPC du 4 décembre 2015 n°2015-506

La recherche et la poursuite des auteurs d'infraction imposent le développement de moyens d'enquête, dont certains sont particulièrement intrusifs. Parmi ces moyens, la perquisition et la saisie des documents, si elles s'avèrent particulièrement efficaces peuvent aussi être particulièrement dangereuses pour les droits et libertés fondamentaux. C'est d'autant plus le cas lorsque la perquisition est diligentée dans des locaux sensibles en raison de la profession de leurs occupants. Le législateur, à qui il incombe d'assurer un équilibre entre poursuite des infractions et protection des droits et libertés fondamentaux, a donc prévu des dispositions spécifiques aux saisies et perquisitions réalisées notamment au cabinet d'un avocat ou d'un médecin. Ces professions marquées par le secret professionnel nécessitent en effet une protection accrue, dérogatoire du droit commun.

Le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur une question prioritaire de constitutionnalité concernant principalement la saisie de documents couverts par le secret du délibéré. La question prioritaire de constitutionnalité vise précisément le troisième alinéa de l'article 56, l'expression « *Sous réserve de ce qui est dit à l'article 56 concernant le respect du secret professionnel et des droits de la défense* » ainsi que sur le troisième alinéa de l'article 96 du Code de procédure pénale. Le requérant fait valoir que ces dispositions, en ce qu'elles permettent la saisie de toute pièce, y compris celles couvertes par le secret du délibéré « *ne comportent pas les garanties nécessaires à la protection de l'indépendance des juridictions* ». Les Sages s'attachent principalement à l'examen des articles 56 et 57 du Code de procédure pénale.

Le raisonnement du Conseil constitutionnel peut être découpé en deux temps. Dans un premier temps, les Sages soulignent que la saisie de documents couverts par le secret du délibéré ne pose pas intrinsèquement de difficultés. Ainsi, le champ d'application de cette mesure n'est pas directement remis en cause par le Conseil constitutionnel. Dans un second temps, ils soulignent qu'il appartient toutefois au législateur d'encadrer précisément ces saisies dans le but de garantir la protection de l'indépendance des juridictions. En l'état actuel

du texte et en l'absence de dispositions spécifiques, cette exigence a été méconnue de sorte que le texte doit être abrogé.

Toutefois, le Conseil constitutionnel, préfigurant les difficultés liées à une abrogation immédiate du texte, choisit de moduler dans le temps les effets de sa décision. Ainsi, d'une part l'abrogation du texte est reportée au 1<sup>er</sup> octobre 2016 et les mesures ayant été mises en œuvre avant la décision du Conseil constitutionnel restent valables. Elles ne sauraient en conséquence faire l'objet d'une annulation fondée sur la QPC. D'autre part, le Conseil constitutionnel précise que sa décision interdit toutefois la saisie de tels documents qui interviendrait sur la foi d'une mesure postérieure à sa décision.

## **2/ Les Sages réduisent le champ d'application de la prolongation de garde à vue : Conseil constitutionnel**

**QPC du 11 décembre 2015 n°2015-508**

Mesure courante de l'enquête pénale, la garde à vue porte une atteinte importante à cette liberté fondamentale qu'est la liberté d'aller et venir. Aussi la mesure de garde à vue est-elle strictement encadrée par les textes matériellement et temporellement. Toutefois, pour certaines infractions identifiées comme étant particulièrement graves par le législateur, des règles dérogatoires peuvent être mises en place. Ainsi la durée de la garde à vue peut être portée à 96 heures dans certains cas.

Si le Conseil constitutionnel a déjà été amené à se prononcer sur le recours à la garde à vue de 96h pour le délit d'escroquerie en bande organisée, d'autres infractions entrent encore dans le champ d'application des dispositions dérogatoires ; ce qui a entraîné cette nouvelle question prioritaire de constitutionnalité.

Il n'est pas inutile de rappeler dans un premier temps les termes de la décision QPC rendue le 9 octobre 2014 (QPC 2014-420/421) par laquelle les Sages ont estimé que la possibilité législative de recourir à une garde à vue de 96 heures en ce qui concerne l'escroquerie en bande organisée portait une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle et aux droits de la défense.

La question prioritaire de constitutionnalité examinée le 11 décembre 2015 porte pour sa

part sur les 14°) et 15°) de l'article 706-73 du Code de procédure pénale, lesquels font une référence au 8°) bis du même article, déclaré inconstitutionnel et abrogé par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée. Ainsi, le requérant considère « *qu'en permettant le recours à la garde à vue prolongée de quatre-vingt-seize heures pour les infractions de blanchiment ou de recel du produit, des revenus, des choses provenant du délit d'escroquerie en bande organisée et pour les infractions d'association de malfaiteurs lorsqu'elles ont pour objet la préparation de ce même délit, les dispositions contestées méconnaissent la liberté individuelle et les droits de la défense dès lors que ces infractions ne portent pas atteinte en elles-mêmes à la sûreté, à la dignité ou à la vie des personnes* ».

L'argument sera accueilli par les Sages qui font référence aux articles 7, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 pour déclarer les dispositions renvoyées inconstitutionnelles ; après avoir fait une référence à la décision du 9 octobre 2014. Ainsi, même si la solution était attendue, le champ d'application de la garde à vue de 96 heures apparaît encore réduit par cette nouvelle décision du Conseil constitutionnel.

Pour autant, la portée de cette décision d'inconstitutionnalité est limitée, et ce à deux égards. Tout d'abord, la loi du 17 août 2015 est venue modifier l'article 706-73 du Code de procédure pénale en supprimant l'alinéa 8°) bis à laquelle la partie de texte examinée faisant référence. De sorte que l'inconstitutionnalité prononcée est limitée dans le temps, à savoir de la décision du Conseil constitutionnel d'octobre 2014 à l'entrée en vigueur de la loi du 17 août 2015. En conséquence et même en l'absence d'intervention législative, la difficulté n'est plus susceptible de se poser à l'avenir, le recours à la garde à vue de 96 heures n'étant de facto plus possible. Ensuite, le Conseil écarte, comme dans la décision précédente la possibilité d'une annulation des gardes à vue prise en application des dispositions déclarées inconstitutionnelles. En effet, les Sages considèrent que de telles annulations seraient contraires à « *l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions* ».

**Droit pénal**  
Elizabeth HERTRICH  
Juriste

**1/ Caractérisation du délit de traite des êtres humains à l'égard d'un mineur et nécessité de la peine**  
**Crim. 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-85.900**

Cet arrêt comporte deux volets donnant lieu à cassation : l'un relatif à la caractérisation du délit de traite des êtres humains à l'égard d'un mineur, l'autre relatif à l'obligation spéciale de motivation du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme, en dehors des condamnations en récidive légale, applicable sous l'ancienne rédaction de l'article 132-24 du Code pénal.

En l'espèce, un individu obtient la remise d'une mineure, âgée de 13 ans, par son père, moyennant une somme de 120 000 euros, pour la marier à son fils. À la suite des interceptions téléphoniques, l'on apprend que cet individu compte également l'utiliser dans ses « équipes de voleuses ». Ce même individu a également acheté quelques grammes d'or dont, il avait admis que la provenance pouvait être douteuse. L'intéressé est reconnu coupable du délit de traite des êtres humains à l'égard d'un mineur et de recel de vols aggravés. Le prévenu et le Ministère public interjettent appel de la décision. La Cour d'appel relaxe le prévenu du chef de traite des êtres humains, au motif que « *pour immoral qu'il soit, le comportement du prévenu n'entre pas dans les prévisions de l'incrimination définie par l'article 225-4-1 du Code pénal ; lesquelles sont d'éradiquer le commerce des êtres humains afin de combattre des comportements d'esclavagisme particulièrement destructeurs pour la dignité humaine et inscrits dans un contexte de déséquilibre économique mondial ; que si l'aspect mercantile d'un "mariage arrangé", même correspondant à une pratique culturelle, est choquant, il convient d'éviter de banaliser cette incrimination spécifique laquelle dépasse le cas d'espèce.* » En revanche, les juges du fond

le déclarent coupable du chef de recel de vols aggravés et le condamnent notamment à une peine de cinq ans d'emprisonnement ferme. Des pourvois en cassation sont formés par le prévenu et le procureur général près la Cour d'appel de Nancy. Les pourvois sont joints en raison de leur connexité.

Deux moyens sont soulevés par le procureur général. Le premier est relatif au rejet de la demande de confiscation du patrimoine immobilier appartenant au prévenu. Il est écarté par la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui considère que « *la Cour d'appel, qui n'est pas tenue de motiver sa décision, n'a fait qu'user d'une faculté qu'elle tient de l'article 450-5 du Code pénal* ».

Le second moyen est en revanche accueilli par les hauts conseillers. Ils cassent et annulent, au visa de l'article 225-4-1 du Code pénal et de l'article 593 du Code de procédure pénale, l'arrêt rendu en ses seules dispositions ayant relaxé le prévenu des fins de poursuite du chef de traite des êtres humains. La Haute juridiction reproche à la Cour d'appel une contradiction de motifs, dès lors qu'elle avait constaté que l'achat de la mineure avait pour finalité de la contraindre à commettre des vols, elle devait conclure à la caractérisation du délit de traite des êtres humains. Pour mémoire, dans sa version issue de la loi n°2007-1631 du 20 novembre 2007, l'article 225-4-1 du Code pénal définit la traite des êtres humains comme « *le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'attentes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit.* » La loi n°2013-77 du 5 août 2013 a modifié ce texte. D'une part, le nouvel article 225-4-1 énonce quatre séries de moyens entourant la mise à disposition de la victime, ainsi que les objectifs visés, y ajoutant le travail forcé et la servitude. D'autre part, cette loi ajoute un II à ce texte, qui prévoit désormais

que la traite des êtres humains à l'égard d'un mineur est constituée, même si elle n'est commise dans aucune des circonstances énumérées par le texte. Antérieurement à cette loi, la qualité de « mineur » était prise en compte dans les circonstances aggravantes, à l'article 225-4-2 du Code pénal.

En l'espèce, le prévenu avait bien, par son comportement, en échange d'une rémunération (120 000 euros), accueilli la mineure dans le but de la contraindre à commettre un délit, un l'espèce, des vols. Les actes qu'il avait commis entraient donc parfaitement dans le champ d'incrimination de l'article 225-4-1 du Code pénal. Les faits s'étant très certainement déroulés avant la loi n° 2013-77 du 5 août 2013, la qualité de « mineur » de la victime devait donc être prise en compte comme circonstance aggravante de l'infraction. Il revenait à la Cour de cassation d'expressément le mentionner ; car énoncé ainsi, l'attendu de la décision laisse à penser que les hauts conseillers se sont fondés sur la version du texte postérieure à la loi du 5 août 2013, ce que le principe de non-rétroactivité pénale plus sévère leur interdit.

Par ailleurs, deux autres moyens sont soulevés par le prévenu. Le premier est relatif à une requête en nullité visant la transcription des communications téléphoniques interceptées par les policiers. Il est écarté, de manière succincte, par les hauts conseillers qui la considèrent irrecevable en application de l'article 175 du Code de procédure pénale. Cet article instaure « une purge des nullités » en imposant aux parties de formuler des demandes ou déposer des requêtes, dans un délai d'un mois si la personne est détenue ou dans un délai de trois mois dans les autres cas, à compter de la clôture de l'information. À l'expiration de ces délais, elles ne sont plus recevables à formuler ou présenter de telles demandes ou requêtes, ce qui explique la décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

La Cour de cassation est en revanche sensible à l'argumentaire du requérant concernant son second moyen. Elle casse et annule au visa de l'article 132-24 du Code pénal dans sa rédaction antérieure à la loi du 15 août 2014, l'arrêt rendu sur les peines prononcées à l'encontre du prévenu. Cet article disposait :

*qu'« en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28. ».* Il s'agissait notamment, en l'espèce, d'une peine de cinq ans d'emprisonnement ferme. Les juges du droit reprochent à la Cour d'appel de ne pas avoir caractérisé la nécessité d'une telle peine ni l'inadéquation d'une autre sanction. La Cour régulatrice continue donc de vérifier l'existence d'une justification suffisante de nature à légitimer le recours à une peine d'emprisonnement ferme (pour d'autres exemples, voir Crim. 21 mars 2012, pourvoi n°11-83154, Crim. 10 novembre 2010, pourvoi n°10-80265). Pour mémoire, depuis la loi du 15 août 2014, dite « loi Taubira », les tribunaux sont également obligés, sous réserve de quelques exceptions, de motiver un emprisonnement ferme non aménagé même quand le prévenu est en état de récidive légale.

## **2/ Harcèlement sexuel : précisions autour de l'élément moral de l'infraction**

**Crim. 18 novembre 2015, pourvoi n° 14-85. 591**

L'espèce présente des faits des plus communs : deux salariées d'un magasin d'alimentation déposent une plainte pour des faits de harcèlement sexuel à l'encontre de leur chef de rayon. Le Tribunal correctionnel le reconnaît coupable et le condamne à 1 500 euros d'amende. Ce jugement est confirmé en appel. Les juges du fond retiennent que le prévenu a, « de manière insistante et répétée, en dépit du refus des salariées de céder à ses avances, formulé, verbalement ou par messages électroniques (SMS), des propositions explicites ou implicites de nature sexuelle et adopté un comportement dénué d'ambiguïté, consistant notamment à tenter de provoquer un contact physique ». Ils ajoutent que « les salariées ont souffert de cette situation au point d'alerter

*l'inspecteur du travail* ». Un pourvoi en cassation est formé.

Au soutien de ses prétentions, le prévenu invoque le principe selon lequel « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* » (article 121-3 alinéa 1 du Code pénal). Selon lui, la Cour d'appel ne peut pas le reconnaître coupable de ce délit, dès lors qu'elle avait constaté que le fait qu'il affirme qu'il n'avait pas insisté, démontre qu'il avait une mauvaise appréciation de son comportement. Cette circonstance apportant la preuve qu'il n'avait pas conscience d'avoir imposé ces différents actes aux victimes, l'élément moral de l'infraction ne serait donc pas constitué.

Le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation qui estime que les énonciations des juges du fond suffisent à démontrer que le prévenu a agi en connaissance de cause. En imposant aux parties civiles, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle, le prévenu les a placées dans une situation intimidante, hostile ou offensante, que la Cour d'appel a objectivement constatée, au sens de l'article 222-33 du Code pénal. Le fait qu'il ait mésestimé la portée de ses agissements ne lui permet pas de se dégager de sa responsabilité pénale.

Les hauts conseillers considèrent qu'en eux-mêmes, les actes commis par le prévenu révèlent son intention d'accomplir des actes de harcèlement sexuel. La preuve de l'intention coupable est ainsi incluse dans la constatation de l'élément matériel de l'infraction. Par leur nature (actes de pression et actes répétés), les actes commis sont volontaires.

Les juges du droit semblent reprendre un raisonnement déjà établi en matière de meurtre, qui revient à considérer que l'intention découle le plus souvent du fait que l'accusé aura utilisé une arme particulièrement meurtrière ou que les actes de violence ont été dirigés sur une région vitale ou vulnérable du corps de la victime (Crim. 13 novembre 1990, pourvoi n°88-87.004, Crim 18 juin 1991, pourvoi n° 91-82.033). Ce raisonnement a également été utilisé en matière d'abus de confiance ; où la Haute juridiction a pu décider que la preuve de l'intention coupable résidait dans la constatation du détournement du bien (Crim. 12 février 1979, pourvoi n°78-92.533, Crim. 6 avril 1994, pourvoi n°93-84.341). Cette technique, de plus en plus utilisée par la Cour de cassation, permet de pallier à la difficulté d'établir la preuve d'un fait purement psychologique, surtout lorsque l'accusé nie sa culpabilité.

## Devenir greffier

### LES CONDITIONS D'ACCES

Le concours externe (dit « étudiant ») est ouvert aux candidats titulaires d'un titre ou d'un niveau Bac +2 sans limite d'âge.

Le concours interne est ouvert aux candidats pouvant justifier d'une expérience minimum de 4 ans de service public effectif.

### LES EPREUVES DU CONCOURS

Pour le concours externe :

Deux épreuves d'admissibilité sont au programme :

La résolution d'un cas pratique à partir d'un dossier documentaire portant sur des difficultés d'ordre administratif ou juridique et procédural. (4h / Coefficient 4).

Une épreuve juridique comportant deux questions sur l'une des matières proposées (au choix du candidat) : droit civil, procédure civile, droit pénal, procédure pénale, droit du travail ou procédure prud'homale (3h/Coefficient 4).

En cas de réussite aux épreuves écrites, le candidat passe une épreuve orale de conversation avec le jury visant à apprécier sa personnalité, ses motivations et ses aptitudes. Cette épreuve débute par un exposé du candidat sur un sujet qui peut être soit un texte ou un sujet à portée générale, ou la présentation d'un dossier de Reconnaissance des Acquis et de l'Expérience Professionnelle (durée 25 minutes, dont 10 minutes d'exposé/ Coefficient 4).

Pour le concours interne :

Deux épreuves d'admissibilité sont au programme :

Un résumé de texte se rapportant à des problèmes généraux d'ordre juridique ou administratif (3h/ Coefficient 4).

Une épreuve juridique comportant deux séries de questions sur l'organisation judiciaire, et une matière de procédure au choix du candidat entre procédure civile, procédure pénale ou procédure prud'homale (3h/Coefficient 4).

En cas de réussite aux épreuves écrites le candidat passe une épreuve orale consistant en la présentation d'un dossier de reconnaissance

des acquis de l'expérience professionnelle puis des questions relatives aux connaissances administratives du candidat (25 minutes dont 10 d'exposé / Coefficient 4).

Il est important de souligner que toute note (épreuves d'admissibilité ou d'admission) inférieure à 5/20 est éliminatoire.

### FORMATION

Les candidats admis aux concours sont nommés greffiers stagiaires et suivent une formation rémunérée de 18 mois à l'École Nationale des Greffes (située à Dijon). Au cours de cette formation, le stagiaire alterne entre une période de scolarité et de stages (en juridiction). À la fin de cette période, les stagiaires sont titularisés, et en fonction de leur classement (établi lors de la formation), font le choix de leur affectation.

### LE SERMENT DU GREFFIER

Instauré en France au début du XVI<sup>e</sup> siècle par le Parlement, le serment du Greffier a évolué au fil des années jusqu'à être celui que nous connaissons aujourd'hui. Le premier serment que les greffiers devaient prononcer devant le Parlement était le suivant : « *Jurez et promettez de bien et fidèlement exercer ledit office, tenir les délibérations de la Cour secrètes, garder et observer les règlements et les faire observer par vos commis et en tout ou partout vous comporter comme doit un bon greffier en Cour souveraine* ». Modifié par les décrets du 14 janvier et du 25 mars 1852, le serment du greffier est devenu : « *Je jure obéissance à la constitution et fidélité à l'empereur. Je jure et promets aussi de bien et loyalement remplir mes fonctions, et d'observer en tout les devoirs qu'elles m'imposent* ». Supprimé par le décret du 5 septembre 1870 (fin du Second Empire) du fait que celui-ci imposait une obéissance à l'empereur, les greffiers stagiaires prêtent désormais serment lors de leur scolarité à l'École Nationale des Greffes de la manière suivante : « *Je jure de bien et loyalement remplir mes fonctions et de ne rien révéler ou utiliser de ce qui sera porté à ma connaissance à l'occasion de leur exercice* ».

---

# CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

---