

SOMMAIRE

DOCTRINE

DROIT CONSTITUTIONNEL - DROIT COMPARÉ

Le Conseil constitutionnel et l'argument de droit comparé

Josselin RIO 1

DROIT DES OUTRE-MER - SCIENCE POLITIQUE

Les limites à la préférence régionale à l'embauche dans les Outre-mer

André ORAISON 99

DROIT DES OUTRE-MER - DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

La jouissance par la population de Mayotte des droits découlant de la citoyenneté de l'Union européenne

Thomas M'SAÏDIÉ 133

DROIT ADMINISTRATIF

Le droit souple au secours du règlement ? De l'usage approprié des lignes directrices pour les congés bonifiés

Edwin MATUTANO 143

DROIT DES SOCIÉTÉS

Le régime juridique de la rémunération des dirigeants sociaux en droit OHADA

Roger NEVRY 157

DROIT PÉNAL

Réflexions libres autour de la répression de l'instigation

Cathy POMART 187

COLLOQUE

La justice restaurative

Colloque organisé par le Service Pénitentiaire de Probation et d'Insertion
Faculté de droit et d'économie de l'Université de La Réunion, 23 et 24 avril 2015 201

VARIATIONS

La question autour de la date de l'accession de Mayotte au régime de Département

Thomas M'SAÏDIÉ 251

Les opinions exprimées dans cette revue n'engagent que leurs auteurs, et aucunement les responsables de la Revue Juridique de l'Océan Indien.

Par ailleurs, le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Éditorial

Honneur, tout d'abord, aux jeunes talents de l'université de La Réunion, avec Josselin Rio, major de sa promotion en 2014 et également lauréat du concours de mémoires que l'association LexOi organise tous les ans avec le Centre de recherche juridique de la Faculté de droit et d'économie. C'est le résultat de ce premier travail de recherche que nous publions ici (« Le Conseil constitutionnel et l'argument de droit comparé »). Au cœur de celui-ci : le fameux « dialogue des juges » et une ouverture, très originale, sur l'apport du droit comparé à la construction (indirecte) des solutions du droit interne. Encore plus invisibles que les « petites sources du droit », les références à la jurisprudence étrangère restent, pour le moment, très discrètes, mais leur étude n'en est que plus intéressante.

Retour, ensuite, sur des problématiques plus régionales, notamment à La Réunion, avec un débat juridique autour d'une question politique (« Les limites à la préférence régionale à l'embauche dans les outre-mer »), par l'un des plus passionnés observateurs du droit de l'océan Indien, André Oraison, toujours fidèle aux pages de la revue. Après quoi, nous nous éloignons à peine pour nous rendre à Mayotte, dont le jeune statut juridique ne manque pas de susciter interrogations et scepticisme. C'est ici la qualité de citoyen de l'Union européenne qui est traitée par Thomas M'Saïdi (« La jouissance par la population de Mayotte des droits découlant de la citoyenneté de l'Union européenne »). Puis, outre-mer comme ailleurs, on part en vacances. Comme ailleurs ? Pas tout à fait : les spécificités locales constituent encore une source intarissable d'inspiration pour une réflexion plus large sur les sources du droit et leur évolution, ce que nous démontrera Edwin Matutano (« Le droit souple au secours du règlement ? De l'usage approprié des lignes directrices pour les congés bonifiés »). Prenons encore un peu le large, avec Roger Nevry, pour nous rapprocher du continent africain où le droit OHADA exerce son influence, objet de l'étude sur « Le régime juridique de la rémunération des dirigeants sociaux ». Enfin, retour au droit comparé avec, cette fois, une réflexion sur l'apport du droit français au droit mauricien, que nous propose Cathy Pomart, à la suite d'un travail d'expertise effectué pour la *Law Reform Commission* de Maurice.

En parallèle de cette analyse, le service pénitentiaire d'insertion et de probation de La Réunion et de Mayotte a organisé, en avril 2015, un imposant colloque sur « La justice restaurative », réunissant les plus grands spécialistes, français et étrangers, de la question. Faire se rencontrer victimes et auteurs d'infractions pénales, pour installer un dialogue et permettre à chacun de se reconstruire, tel est l'objet de la justice restaurative. Nous en restituons ici quelques contributions écrites. Voilà, en quelques mots, un tour d'horizon de notre dernier numéro. Dans tous les cas, c'est certain, la revue juridique de l'océan Indien invite au voyage...

Élise RALSER

DROIT CONSTITUTIONNEL - DROIT COMPARÉ

Le Conseil constitutionnel et l'argument de droit comparé

Josselin RIO¹

Doctorant en droit public, Université de La Réunion

Résumé :

L'évolution des technologies et la mondialisation de tout type d'échange ont permis l'émergence d'un dialogue des juges, d'une communicabilité ou d'une circulation des solutions jurisprudentielles selon les différentes expressions employées par différents auteurs. Le Conseil constitutionnel, en achevant lentement mais sûrement sa transformation en Cour constitutionnelle, devient un acteur susceptible d'entrer en communication avec l'ensemble des autres juridictions ayant en charge le contentieux constitutionnel en dernier ressort.

La question de sa participation aux échanges avec ses homologues obtient aujourd'hui une réponse nuancée. Les juges de la rue Montpensier n'observent aucune méthodologie particulière en ce qui concerne la citation d'une jurisprudence étrangère. L'étude de l'influence de l'argument de droit comparé sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel doit alors s'éloigner des seules décisions juridictionnelles pour observer une multitude de documents. Au-delà des décisions du Conseil, des références à la jurisprudence constitutionnelle étrangère peuvent être localisées dans les documents connexes aux décisions (pièces contentieuses, dossier documentaire et commentaire de la décision). De plus, un ensemble de documents non publics tel que les mémoires dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité, les portes étroites, les expertises ou encore les différentes notes de service et la note du Secrétaire général, viennent en réalité agrémenter le raisonnement du juge constitutionnel d'éléments de droit comparé.

La recherche ou le besoin de solutions étrangères se fait principalement sentir en ce qui concerne les problèmes d'une particulière difficulté. Ces questions touchent généralement à des problèmes d'envergure internationale, des problèmes inédits et actuels ou à la frontière de l'éthique, de l'économie et du politique. Le regard que porte alors le Conseil constitutionnel sur l'expérience de ses homologues peut avoir plusieurs types d'influence. Il peut s'agir d'une simple nuance comme de la confortation de son raisonnement ou au contraire sa réfutation.

Si le Conseil constitutionnel ne porte qu'un regard aléatoire sur les arguments de droit comparé c'est en raison d'une faiblesse des moyens humains et matériels dont il dispose. Faiblesses qu'il compense grâce au confort que lui apportent les interlocuteurs privilégiés que sont les Cours de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe.

¹ L'auteur a été le lauréat (1^{er} Prix) du « Concours de mémoires » 2014 organisé par la LexOI, en partenariat avec le Centre de recherche juridique (CRJ) de l'université de La Réunion, à l'issue du Master II Territoires, Risques et Action publique.

La jurisprudence constitutionnelle étrangère n'influence donc le Conseil constitutionnel que de manière indirecte et très aléatoire. Cependant, le développement d'instruments de dialogues des juridictions constitutionnelles permet de constater une évolution vers un dialogue plus direct et plus systématique. Ainsi, la régularité et la réciprocité des rencontres et séances de travail organisées entre les 9 sages et leurs homologues étrangers permet de témoigner d'un véritable dialogue. Cette collaboration tend à s'étendre aux universitaires et plus largement à la doctrine. Dans le même sens, le dialogue tend à s'institutionnaliser autour d'acteurs européens, avec la Conférence des cours constitutionnelles européennes et la Commission de Venise, et d'acteurs internationaux, avec l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français et la Conférence mondiale de justice constitutionnelle.

Le recours plus rigoureux à l'argument de droit comparé ne doit cependant pas tomber dans les travers d'un tourisme jurisprudentiel. Si la critique d'un « cherry picking » trouve une réponse satisfaisante, d'importantes questions viendront alors se poser quant au rapport de force institutionnel national comme international et quant à la légitimité de ces juridictions. L'outil comparatiste devra alors être manié avec précaution pour éviter de perdre son apport subversif et introspectif.

Summary :

The evolution of technologies and the globalization of exchanges have given rise to a dialogue between judges : judges sometimes adopt similar jurisprudential solutions. The Constitutional Council, all the while slowly turning into a Constitutional Court, is more and more likely to communicate with similar courts around the world.

As of today, it is a bit difficult to assess the knowledge-sharing inclination of the Court. The judges sitting at the Montpensier Street do not show any methodology when quoting foreign jurisprudence. Noticing the influence of foreign jurisprudence in these cases requires lots of work. One can refer to the documents associated with the decision of the Constitutional Council to get more information. One can also delve into some non-publicized documents, such as the memoirs during the Constitutionality of the law rulings, the narrow doors, the expert assessments or the memoranda of the Secretary general: all these documents show the extent to which the constitutional judge practices comparative law.

Foreign jurisprudence can particularly be of help when the legal issue at stake is quite technical and tricky. This is often the case on questions of international reach, or regarding ethics, economy, politics or novel questions. In those cases, the Constitutional Council can resort to comparative law so as to comfort or confront its opinion.

The limited influence of comparative law in the Constitutional Council's decisions is due to the limited financial and human resources of the court. To bypass those limitations, the court can rely on the courts of the European Union and on the Council of Europe.

The influence of foreign constitutional jurisprudence is thus very limited, but this is slowly changing. The regularity of meetings between the Nine Wise Ones and their foreign counterparts is a proof of this increasing dialogue. The Court is also opening up to the doctrine. This dialogue between courts is being institutionalized through the Conference of European Constitutional Courts and the Venice Commission in Europe, and globally with the French-speaking Association of Constitutional Courts and the World Conference of Constitutional Justice.

However, the Constitutional Council needs to differentiate comparative law and jurisprudential tourism. To avoid "cherry picking", the relationship between national and extra-national law will need to be reasserted; and so will the legitimacy of those foreign courts.

Comparative law must be handled with care for it not to lose its subversive and introspective value.

La Constitution de la V^e République est la première à avoir mis en place, en France, un contrôle de constitutionnalité de la loi efficace. Les fonctions du Conseil constitutionnel en 1958 se limitent à celles d'arbitre entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Il s'agit à l'époque de redonner au pouvoir exécutif une place prépondérante au sein des institutions françaises. Le prétoire du Conseil constitutionnel dispose alors d'une accessibilité limitée qui correspond à ses fonctions limitées. Celui-ci ne peut être saisi que par les présidents de la République, du Sénat ou de l'Assemblée nationale ainsi que par le Premier ministre. Ces quatre autorités de saisine ne défèrent devant le Conseil que des contentieux de répartition des compétences ou de respect de la lettre de la Constitution qui à l'époque se limitait aux articles du texte de 1958 (le préambule n'ayant pas valeur constitutionnelle).

Le préambule de la Constitution de 1958 va se voir conférer une valeur constitutionnelle dans la célèbre décision « Liberté d'association » du Conseil constitutionnel de 1971². Cette décision va modifier les contours de la « Constitution » française puisqu'elle va ajouter aux articles traditionnels du texte de 1958 son préambule qui renvoie lui-même au préambule de la Constitution de la IV^e République ainsi qu'à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le Conseil constitutionnel devient le gardien d'un bloc de constitutionnalité qui ne garantit plus seulement la répartition des compétences et les différentes attributions des pouvoirs exécutifs et législatifs ainsi que de « l'autorité judiciaire », mais également les droits et libertés contenus dans ces nouveaux documents à valeur constitutionnelle que la doctrine qualifiera de droits et libertés fondamentaux.

Cette revalorisation des attributions du Conseil va nécessairement conduire à un élargissement de l'accessibilité de son prétoire. Ainsi, la saisine du Conseil va s'ouvrir à soixante députés ou soixante sénateurs en 1974³ avant de s'ouvrir plus largement à l'ensemble des justiciables, par l'intermédiaire des filtres des cours suprêmes des deux ordres, en 2008 via l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité⁴. Cette évolution jurisprudentielle et institutionnelle va transformer le Conseil constitutionnel. Le passage d'un rôle d'arbitre institutionnel, de régulateur des compétences (à l'image d'un tribunal des conflits entre l'exécutif et le législatif) à un rôle de protecteur des libertés fondamentales (à l'image d'une cour suprême des droits à valeur constitutionnelle) va transformer les conseillers en juges constitutionnels. Cette évolution, qu'elle soit le fruit d'une volonté politique de récupérer le contentieux des droits fondamentaux (que la Cour

² Cons. Const., Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*.

³ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974.

⁴ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

de justice des Communautés européennes de l'époque et la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme commençaient à exercer de manière influente), ou le résultat d'une lente évolution en faveur d'une rupture avec la tradition française de légicentrisme, elle va avoir pour conséquence de faire entrer le Conseil constitutionnel dans un nouveau monde. Ce nouveau rôle, ces nouvelles attributions rendent le Conseil constitutionnel français apte à participer à un double mouvement qui se combine pour influencer le droit et le travail des juristes (et plus précisément des juges) : la mondialisation et le dialogue des juges.

Avant d'étudier le dialogue des juges, il convient de voir ce qu'on entend par mondialisation. La mondialisation ne doit pas s'appréhender comme un phénomène exclusivement économique de libéralisation des échanges. Cette dernière a entraîné l'émergence de nouvelles problématiques ou revitalisé d'anciens problèmes⁵. Partout où la société humaine interagit, le droit vient poser des règles et instaurer une certaine sécurité juridique de manière à pacifier ces interactions. L'émergence de nouvelles interactions comme la mondialisation a ainsi nécessairement « entraîné une interaction des différents systèmes juridiques nationaux »⁶.

La mondialisation des échanges économiques et des interactions humaines combinée au dialogue des juges a fait émerger une dynamique mondiale de droit comparé. Ces deux facteurs ont donné au droit comparé une place d'une importance considérable, cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne le droit constitutionnel. Marc Verdussen parle ainsi de « *dynamique d'homogénéisation des corpus constitutionnels* » qui aboutit à « *la formation d'un droit constitutionnel de plus en plus mondialisé* » dont les acteurs de premier plan sont les juges⁷ qui utilisent le droit comparé dans leurs décisions.

L'ensemble des auteurs doctrinaux s'accorde sur les facteurs ayant favorisé cette mondialisation du droit, des rapports juridiques. De manière unanime il est admis que l'évolution des technologies de l'informatique, des transports et de la communication a nécessairement révolutionné le monde du droit. Mireille

⁵ T. DI MANNO, « Les figures du juge comparatiste », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 11 : « *Le phénomène de mondialisation ne concerne pas que l'économie et les échanges. Le droit n'échappe pas non plus à son emprise, car des sujets cruciaux, comme la protection de l'environnement, la santé, la bioéthique, la lutte contre le terrorisme, les droits de l'homme, ne peuvent plus être régis, d'une manière efficace, par des normes exclusivement d'origine nationale* ». V. également J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogue des juges*, actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles paru dans Les cahiers de l'institut d'études sur la justice, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 77 : « *Ce dialogue des juges croît sensiblement dans un contexte mondialisé, où les litiges eux-mêmes s'internationalisent en même temps que les sources du droit se dénationalisent. De plus en plus, les juges sont confrontés à des problèmes communs (comme le terrorisme, l'Internet, la pollution) qui ne peuvent être résolus qu'à l'échelle globale* ».

⁶ T. DI MANNO, *op. cit.*, p. 11.

⁷ M. VERDUSSEN, « Le droit constitutionnel sera comparé ou ne sera plus » in *Itinéraires d'un constitutionnaliste, Mélanges en hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1648-1649.

Delmas-Marty parle de « *technologies qui abolissent les distances et se jouent des frontières* ». Ces technologies permettent à tout juriste d'être en contact avec ses homologues facilitant ainsi la création de réseaux, d'associations de juges au sein desquelles vont circuler des informations, des raisonnements, des solutions et argumentations juridiques diverses.

La disparition de frontières politiques ou économiques suite à la fin de la guerre froide puis suite à la chute du bloc soviétique en Europe de l'Est va permettre le développement « *de stratégies transnationales [...] qui affectent l'ensemble des échanges, qu'il s'agisse des flux économiques et financiers, mais aussi scientifiques et culturels ainsi que les flux migratoires* »⁸.

Ces modifications de régimes politiques en Europe centrale et orientale vont entraîner un véritable « renouveau démocratique » qui va s'accompagner d'une « *imprégnation croissante du droit international au sein des ordres juridiques internes* »⁹. Imprégnations notamment des droits de l'homme permettant une « *uniformisation des standards de protection* » selon Tania Groppi, qui ajoute à ces facteurs « *le rôle de la médiation culturelle jouée par la doctrine du droit comparé ; la formation intellectuelle de plus en plus cosmopolite des juristes ; les rencontres des juges, souvent organisées ou aidées par des organisations régionales* »¹⁰.

La mondialisation et le dialogue des juges sont également facilités par la compréhension et la pratique de plus en plus courante et systématique de l'ensemble des juristes de l'anglais¹¹.

Cette prédisposition des différents systèmes juridiques aux échanges extérieurs provient de « *la porosité grandissante des différents ensembles juridiques, particulièrement en matière de protection des droits fondamentaux* »¹².

Cette mondialisation a permis un dialogue des juges qui se caractérise de multiples façons, mais notamment par un recours au droit comparé dans leurs décisions. Ce « *phénomène du recours au droit comparé dans les décisions de justice touche, aujourd'hui, tous les juges* », car les problèmes « *ne peuvent plus être appréhendés de manière autre que globale, c'est-à-dire à une échelle*

⁸ M. DELMAS-MARTY, « Le relatif et l'universel », in *Leçon inaugurale au Collège de France : études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Paris, Fayard, 2003, p. 634.

⁹ M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 1648-1649.

¹⁰ T. GROPPi, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels », in F. HOURQUEBIE et M.-CL. PONTHEUREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 56 ; A. LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle : le recours au droit comparé par le juge », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 21.

¹¹ J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et la montée en puissance de la fonction de juger », *FUSL*, 2008, p. 124-125.

¹² E. DUBOUT et S. TOUZÉ, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in *Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009, p. 11.

mondiale»¹³. Les juges étant confrontés aux mêmes problèmes, le fait de dialoguer entre eux permet d'apporter un éclairage nouveau, une expertise objective sur un problème complexe.

Au préalable à toute considération sur le recours au droit comparé par le juge, il convient d'abord de définir ce que l'on entend par dialogue des juges, notion à l'origine de cette pratique.

Le dialogue des juges est une notion apparue sous la plume de Bruno Genevois pour inciter les juges à ne pas s'ignorer et à rendre des jurisprudences cohérentes, dans le respect des jurisprudences de ses collaborateurs (qui en l'espèce étaient les juges européens). Cette notion avait originellement pour but d'éviter une « guerre des juges » (entre nationaux et internationaux) par la considération voire la collaboration réciproque. Cette idée a suscité l'adhésion de nombreux praticiens et théoriciens du droit et s'est ainsi rapidement exportée dans tous les types de dialogues (horizontal ou vertical) et entre toutes les juridictions (internes, externes). Didier Mauss définit le dialogue comme le fait pour une juridiction de prendre en considération « *les précédents de juridictions non nationales* » afin « *de confirmer, nuancer ou rejeter des solutions adoptées ailleurs* »¹⁴.

Cette définition convient parfaitement pour l'objet d'étude des développements futurs qui ne s'attachent qu'au dialogue entre juridictions constitutionnelles (donc nécessairement non nationales). Cependant, le dialogue des juges est bien plus large que les seuls échanges entre juridictions non nationales, il peut englober des rapports entre juridictions nationales, mais appartenant à des ordres juridiques distincts. Ainsi en France on peut imaginer un dialogue entre juges constitutionnels, administratifs et judiciaires.

Les juges ont différentes façons de dialoguer, cela passe par des relations « *de plus en plus étroites entre eux, et par-delà les frontières. Ces relations peuvent prendre des formes très variées : citations de jugements étrangers dans des décisions de portée nationale, échanges d'arguments, formations communes, dialogues entre juridictions, créations d'associations transnationales, de clubs ou de syndicats des juges, capitalisations informelles de jurisprudences, etc* ». Ces relations contribuent à l'émergence d'un dialogue entre ces juges. Ce dialogue « *multidimensionnel* » peut désigner « *l'échange d'arguments, d'interprétations et de solutions juridiques (...) à travers la jurisprudence ou par le biais de la coopération entre juridictions* »¹⁵.

¹³ T. DI MANNO, *op. cit.*, p. 10-11.

¹⁴ D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », in *Conférence mondiale de justice constitutionnelle intitulée La justice constitutionnelle influence : son influence sur la société et sur le développement d'une jurisprudence mondiale des droits de l'homme*, tenue au Cap les 22-24 janvier 2009, organisée par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud et la Commission de Venise, p. 8.

¹⁵ J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 110 et 115.

L'analyse distincte du phénomène de mondialisation et de dialogue des juges n'est effectuée que dans un but pédagogique. En réalité ces deux mouvements sont entremêlés et difficilement dissociables, ils s'auto influencent de manière à générer leurs propres évolutions. Ces deux phénomènes se nourrissent l'un de l'autre.

En ce sens, Didier Mauss considère que « *dans l'optique mondialisatrice (...) ces cours constitutionnelles ne travaillent pas en vase clos. Elles dialoguent entre elles (...). Ce "dialogue des juges" (...) est très développé dans le dialogue des cours constitutionnelles, pas toujours de façon évidente, mais toujours de façon sous-jacente. Par la force des choses, il y a un esprit commun qui se développe* »¹⁶. De même, Julie Allard constate que le dialogue des juges fait naître un principe comparatif qui tend à se démocratiser dans les contentieux tant pour les juges que pour les parties, « *ce principe comparatif peut donc être considéré comme l'un des moteurs de la mondialisation du droit et de la justice, tout comme, en retour, le dialogue est influencé par la mondialisation* »¹⁷. Cet esprit commun, ce principe comparatif sont alors de nouvelles sources de mondialisation. La mondialisation génère un dialogue des juges lui-même générateur d'une nouvelle mondialisation si bien qu'on finit par avoir du mal à savoir quel facteur est l'élément déclencheur de ce vaste processus.

La décision de 1971 du Conseil constitutionnel et les évolutions institutionnelles qui vont suivre vont octroyer à celui-ci de nouvelles attributions (la protection des droits fondamentaux). Attributions qui font l'objet d'une uniformisation mondiale et appellent des problématiques nouvelles et complexes auxquelles le Conseil n'avait, avant la décision de 1971, jamais été confronté. Par conséquent le dialogue des juges a constitué pour lui un moyen d'assurer pleinement ses attributions, mais également de trouver sa place ou de la conquérir au niveau national et au niveau international. « *Ainsi, le Conseil constitutionnel français doit-il son existence et son extraordinaire développement pour une grande partie au droit comparé dont il s'est inspiré pour s'émanciper et qui a joué un rôle de standard démocratique, de modèle indispensable* »¹⁸.

Le dialogue des juges renvoie à une idée d'échange simultané entre plusieurs juges. Cependant le recours à une jurisprudence constitutionnelle étrangère dans une décision ne fait généralement pas l'objet d'un dialogue entre la juridiction importatrice et la juridiction exportatrice. Ainsi, Thierry Di Manno préfère utiliser l'expression de « *communicabilité* »¹⁹ des solutions juridiques alors

¹⁶ D. MAUSS, « Sur la mondialisation du droit constitutionnel », in *Les institutions du droit constitutionnel à l'heure de l'intégration européenne, Mélanges en l'honneur de Maria KRUK-JAROSZ*, Varşovia, 2009, p. 88.

¹⁷ J. ALLARD, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸ B. RAVAZ, « Le recours au droit comparé comme moyen pour le juge de suggérer une évolution législative ? », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge, op. cit.*, 2014, p. 225.

¹⁹ T. DI MANNO, *op. cit.*, 2014, p. 12.

qu'Alexis Le Quinio parle de « *circulation des solutions juridiques* »²⁰. Les deux notions sont préférables à celle de dialogue.

Cependant cette circulation, cette communicabilité, ce dialogue ne sont pas d'ampleur équivalente au sein de l'ensemble des Cours constitutionnelles. Il existe une « *profonde asymétrie dans le dialogue puisque certaines juridictions sont très ouvertes au droit étranger, comme la Cour constitutionnelle sud-africaine, tandis que d'autres se montrent plus frileuses, comme le Conseil constitutionnel français. N'a-t-on pas à faire alors à un dialogue de sourds, sans reconnaissance réciproque, et sans échange ?* »²¹.

Ainsi, s'il est presque rhétorique de poser la question de savoir si le Conseil constitutionnel a recours à l'argument jurisprudentiel comparé, il apparaît plus complexe de se demander si malgré cette frilosité apparente le Conseil constitutionnel est correctement intégré dans le jeu de la circulation, de la communicabilité des solutions jurisprudentielles au niveau constitutionnel ?

Contrairement à d'autres Cours constitutionnelles²², le juge constitutionnel français ne dispose pas d'une habilitation constitutionnelle pour recourir à l'argument jurisprudentiel comparé si bien qu'il est totalement libre d'y recourir ou pas. Si le Conseil a nécessairement un regard sur la jurisprudence constitutionnelle étrangère de manière assumée ou non, on ne peut déduire de celui-ci une parfaite intégration à la mondialisation et au dialogue des juges. Loin de la circulation ou de la communicabilité, le Conseil constitutionnel ne porte qu'un regard aléatoire sur cette jurisprudence constitutionnelle étrangère (I). Ce caractère aléatoire se combine à une mise en valeur de l'argument jurisprudentiel comparé pour le moins décevante. Cependant, un ensemble d'éléments sont aujourd'hui réunis pour favoriser une systématisation du dialogue des juges et abandonner la technique du regard hasardeux (II).

Si l'expression Cour constitutionnelle sera fréquemment employée, il convient de préciser que ce dialogue des juges constitutionnels concerne l'ensemble des juridictions de plus haut niveau ayant en charge le contentieux constitutionnel. Ainsi, les juridictions constitutionnelles se composent aussi bien des Cours constitutionnelles que des Cours suprêmes. Lorsque l'on sera amené à parler d'un dialogue des Cours ou d'un dialogue des juridictions constitutionnelles, il faut garder à l'esprit que l'on vise à la fois les Cours proprement constitutionnelles et les Cours suprêmes.

²⁰ A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Fondation Varenne-LGDJ, 2011.

²¹ J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 124-125.

²² Voir en ce sens l'analyse des dispositions d'habilitations constitutionnelles des cours espagnole, portugaise et d'Afrique du Sud effectuée par F. JACQUELOT dans sa contribution « L'ambivalence du recours au droit comparé par le juge constitutionnel », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, *op.cit.*, p. 157.

I.- Le regard aléatoire du Conseil Constitutionnel sur la jurisprudence constitutionnelle étrangère

Le recours au droit comparé peut prendre des formes diverses, mais celle qui va intéresser nos développements est la citation de jurisprudence étrangère dans les décisions du Conseil constitutionnel. Il ne s'agit pas de faire du droit comparé et encore moins de décrire l'ensemble des décisions du Conseil à la manière d'un long commentaire d'arrêt. Plus modestement, on s'attachera à étudier, d'un regard purement interne, si le Conseil constitutionnel a recours à ce type de « dialogue des juges » que constitue le recours à l'argument de droit comparé dans sa jurisprudence.

Il convient de préciser avant tout développement sur une telle pratique ce que l'on entend par « argument de droit comparé ». Il s'agira de désigner au travers de cette expression la référence par le juge constitutionnel à une décision d'un juge constitutionnel extérieur à son système juridique. Cette référence va pouvoir prendre de nombreuses formes et l'on désignera au travers d'argument de droit comparé aussi bien les renvois explicites que les renvois implicites. L'étude d'une telle pratique contentieuse ne pourra prétendre à l'exhaustivité en raison de la difficulté d'accès à certaines sources qui fondent le manque de preuves pour appuyer la véracité de certains indices qui permettent de supposer l'existence d'une prise en compte d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère sans que celle-ci ne soit clairement mentionnée. Par exemple, l'analyse par le juge constitutionnel de certaines législations comparées permet de supposer qu'il a observé les décisions de ses homologues étrangers sur les législations en questions. Au travers de la notion d'argument de droit (constitutionnel) comparé, il s'agit d'étudier une pratique jurisprudentielle interne. Cette pratique jurisprudentielle est étudiée d'un point de vue interne c'est-à-dire par rapport à la seule pratique du Conseil constitutionnel. Mais le terme interne permet également de renvoyer à un phénomène bien plus large que la simple citation dans le corps d'une jurisprudence. Il s'agit d'englober en plus d'une citation éventuelle, l'existence d'une utilisation parfois non assumée par le Conseil constitutionnel d'un tel argument de droit comparé. Cette utilisation aura notamment lieu dans l'ensemble du processus d'élaboration de la décision, de maturation du raisonnement juridique.

Au regard de la dynamique mondialisatrice, le but des considérations qui vont suivre est d'observer l'implication du Conseil constitutionnel dans le jeu de « circulation », de « communicabilité » des décisions de justice.

La pratique du Conseil constitutionnel dans l'emploi de l'argument jurisprudentiel comparé relève plus du regard unilatéral imprévisible que d'une réelle démarche d'analyse systématisée. Le choix du juge constitutionnel français

d'utiliser une telle référence est purement aléatoire. Aussi il est difficile de dégager des critères permettant de prévoir et de systématiser un tel recours

Si la pratique comparatiste du Conseil constitutionnel peut être considérée comme aléatoire, ce caractère s'explique en raison de l'existence d'obstacles à une utilisation systématique (B), mais également par l'absence de formalisme harmonisé, de systématisation d'un modèle pour la citation de référence comparée. L'argument de droit comparé constitutionnel peut prendre des mises en forme multiples et sa localisation n'est pas prédéfinie, mais bien au contraire hasardeuse, car dispersée dans d'innombrables sources. La pratique aléatoire de l'argument comparatiste résulte alors également d'une localisation hasardeuse de la référence à cet argument que l'on tentera de baliser (A).

A.- Le caractère hasardeux du recours à l'argument de droit constitutionnel comparé

L'argument jurisprudentiel comparé sera ici envisagé uniquement en ce qui concerne les décisions des cours étrangères ayant une compétence en matière constitutionnelle. Il s'agit d'étudier les références que peut effectuer le Conseil à ses « homologues » étrangers. Les raisonnements qui vont suivre ne vont donc concerner que le regard horizontal du Conseil constitutionnel sur des institutions qui lui ressemblent, mais qui ne font en aucun cas partie du même système juridique.

Cette distinction de système juridique recouvre l'argument de droit constitutionnel comparé d'une portée non normative, non obligatoire. La jurisprudence étrangère n'a donc aucun poids juridique et son évocation n'a qu'un caractère informel pour le juge qui porte un regard sur celle-ci.

Le caractère facultatif, informel de cet argument conduit le Conseil constitutionnel à ne jamais y faire référence dans ses décisions (1). Cependant, l'existence de ce regard aléatoire du Conseil sur les travaux de ses homologues peut se déceler au travers de la présence de telles références comparées dans les « documents connexes » aux décisions du Conseil constitutionnel (2). Cette pratique irrégulière permet d'interroger la consistance d'une référence au droit constitutionnel comparé pour le Conseil (3).

1/ L'absence catégorique de référence au droit constitutionnel comparé dans les décisions du Conseil constitutionnel

Il est difficile d'affirmer catégoriquement quelque chose en droit constitutionnel comparé, car « *en droit constitutionnel comparé, l'exhaustivité est inaccessible* »²³. Aussi, il faut garder à l'esprit que les propos qui seront

²³ M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 1647.

développés n'ont pas pour prétention la révélation d'une vérité intangible. Il s'agit simplement de tirer les conséquences des recherches effectuées sur le sujet à un instant précis de l'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Après une telle mise en garde, on peut prendre le risque d'affirmer que le Conseil constitutionnel, à ce jour, ne fait pas de référence explicite à l'argument jurisprudentiel comparé dans ses décisions en ce qui concerne les juges constitutionnels étrangers. Didier Mauss qualifie le Conseil constitutionnel français de « *juridiction particulièrement réservée sur la prise en compte explicite de précédents étrangers* »²⁴. Marie-Claire Ponthoreau confirme plus directement notre affirmation : « *Dans ses décisions, le Conseil constitutionnel ne fait jamais référence de manière explicite au droit étranger* »²⁵. Cela s'explique par la tradition française de motivation des décisions de justice (b). Cependant, certaines références implicites à la jurisprudence constitutionnelle étrangère peuvent être décelées (a).

a/ L'existence de références implicites à la jurisprudence constitutionnelle étrangère dans les décisions du Conseil constitutionnel

Les droits fondamentaux s'appliquent à tous les sujets de droit, mais surtout à toutes les situations juridiques. Les droits fondamentaux ne connaissent pas de cloisonnement académique ou institutionnel des problèmes juridiques. Ainsi l'ensemble des matières juridiques aussi diverses soient-elles se trouve influencé par ces nouveaux droits. Le Conseil constitutionnel étant le gardien de ces droits fondamentaux il est saisi de problèmes concernant des matières juridiques multiples et variées qui obéissent à des logiques différentes.

L'absence de spécialisation dans un domaine spécifique du droit et sur une question pointue ne permet pas de percevoir les influences implicites, sous-entendues par le Conseil constitutionnel, d'une jurisprudence étrangère sur ses décisions. Une telle référence implicite à une jurisprudence étrangère ne peut alors interpellier qu'un public averti. Ainsi, ces références implicites sont majoritairement mises en lumière par la doctrine familière à la particularité du problème en cause.

Il ne s'agit pas de lister l'ensemble des influences implicites qui peuvent exister, mais simplement de relever les plus connues et les plus emblématiques.

Ainsi une des plus grandes décisions du Conseil constitutionnel a connu une telle influence non assumée par le Conseil constitutionnel : la décision n° 74-54 DC relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG). Fanny Jacquelot

²⁴ D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*

²⁵ M-CL. PONTHEAU, « Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », in F. MELIN-SOUCRAMANEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 167.

affirme ainsi qu'« *en matière d'interruption volontaire de grossesse, par exemple, le Conseil constitutionnel s'est inspiré, en 1975, de la position libérale adoptée par la Cour suprême des États-Unis en 1973* »²⁶. Cette influence de la Cour suprême américaine se retrouvera pour la décision n° 2001-446 DC relative à l'interruption volontaire de grossesse ainsi qu'à la contraception, c'est ce que souligne Olivier Dutheillet de Lamothe²⁷.

D'autres décisions du Conseil constitutionnel seraient influencées par des jurisprudences constitutionnelles étrangères selon Olivier Dutheillet de Lamothe. Ainsi, le Conseil constitutionnel se serait directement inspiré de la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 24 mai 1973 qui pose un principe de liberté de l'enseignement supérieur, pour dégager le principe d'indépendance des professeurs d'université dans sa décision n° 83-165 DC²⁸. De même lorsque le Conseil constitutionnel a tranché pour la première fois la question de savoir ce qu'implique le principe d'égalité en cas de situations différentes, il a pris connaissance des jurisprudences constitutionnelles allemandes, espagnoles (qui imposent un traitement différent), américaines et italiennes (qui admettent un traitement différent sans toutefois l'imposer)²⁹. Enfin, en ce qui concerne la décision relative à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France, le Conseil constitutionnel aurait été amené à prendre en considération la législation des autres États membres de l'Union européenne³⁰ si bien qu'on peut supposer qu'il a regardé les éventuelles jurisprudences administratives ou constitutionnelles des Cours constitutionnelles européennes en la matière.

L'influence de référence implicite d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère sur le raisonnement du juge constitutionnel français est également rapportée par Bruno Genevois en ce qui concerne la décision IVG de 1975 précitée, mais aussi en ce qui concerne d'autres décisions. Le problème de délimitation des circonscriptions électorales auquel s'est ajouté le problème de représentativité de ces différentes circonscriptions a donné lieu à une suite de décisions du Conseil influencées par plusieurs jurisprudences de la Cour suprême américaine ainsi que par la Cour constitutionnelle allemande³¹.

²⁶ F. JACQUELOT, *op. cit.*, 2014, p. 157.

²⁷ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, intervention au Sixième congrès mondial de droit constitutionnel, tenu à Santiago du Chili le 16 janvier 2004, intitulé « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel ». V. plus précisément l'annexe relative aux décisions n°s 74-54 DC et 2001-446 DC.

²⁸ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, préc. V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 83-165 DC.

²⁹ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, préc. V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2003-489 DC.

³⁰ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, préc. V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2003-484 DC.

³¹ B. GENEVOIS, « L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux », in *Diversité des systèmes juridiques et inspiration réciproque des juges*, LPA, n° 112, 4 juin 2008, p. 15-21. V. plus précisément l'annexe relative aux décisions n°s 85-196 DC, 86-208 DC et 86-218 DC.

En ce qui concerne le financement des campagnes électorales le Conseil constitutionnel aurait rendu sa décision 88-242 DC à la lumière d'une décision de la Cour suprême américaine³².

Au-delà de l'affirmation par la doctrine, le Conseil constitutionnel de manière indirecte affirme l'influence de jurisprudences constitutionnelles européennes en ce qui concerne la technique du contrôle d'une directive par le biais d'une loi de transposition dont les dispositions sont inconditionnelles et précises. Le Conseil se serait inspiré de jurisprudences constitutionnelles italiennes et allemandes pour forger la notion d'identité constitutionnelle de la France³³.

Il est impossible de retrouver dans les décisions précitées une quelconque référence à l'argument jurisprudentiel comparé. Toutes ces influences ne peuvent être décelées que par des auteurs avertis qui arrivent à faire le rapprochement entre plusieurs décisions techniques dans différents ordres juridiques.

Au-delà de l'affirmation de certains auteurs de doctrine, d'autres indices permettent de supposer une influence implicite de la jurisprudence constitutionnelle étrangère sur les décisions du Conseil : la littérature doctrinale concomitante à un problème juridique dont le Conseil a très probablement dû prendre connaissance.

Lorsque le Conseil a dû se prononcer sur le statut du Conseil Supérieur de la Magistrature il est fort probable qu'il ait mené une étude de législation comparée qui induit nécessairement une recherche des solutions jurisprudentielles constitutionnelles des pays disposant d'une institution similaire. Le Conseil a certainement pris en considération les rapports disponibles sur le site du Conseil de l'Europe détaillant la situation des États membres ayant mis en œuvre une institution similaire à celle du Conseil Supérieur de la Magistrature³⁴.

De la même manière, pour la décision relative à la garde à vue en matière de terrorisme tout porte à croire que l'inspiration espagnole du texte législatif a poussé le juge constitutionnel à étudier cette législation étrangère et la jurisprudence constitutionnelle en ce domaine. D'autres documents ont pu éclairer le Conseil : les études de droit comparé disponibles sur le site *Carta Europea* en ce qui concerne l'Italie, la Pologne et la Roumanie, le rapport du Sénat d'étude de législation comparée sur la garde à vue de décembre 2009, des notes de doctrine

³² B. GENEVOIS, « L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux », *ibid.* V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 88-242.

³³ Rapport national de la France au XVI^e Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes tenu à Vienne du 12 au 14 mai 2014. V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2006-540.

³⁴ V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2001-445 DC.

faisant état de législation comparée comme celle d'André Giudicelli paru dans la Revue de science criminelle de 2011³⁵.

Le caractère confiscatoire de l'impôt est une notion qui a fait l'objet d'une vaste littérature comprenant des commentaires de législations et de solutions jurisprudentielles constitutionnelles comparées. Lorsque le Conseil constitutionnel a eu à travailler sur la loi de finances pour 2013, il est fort probable qu'il ait pris connaissance de ces éléments de droit comparé³⁶.

Enfin, le vaste débat politique et médiatique autour de l'exploitation du gaz de schiste a probablement amené le Conseil à se renseigner sur l'origine de cette exploitation et les pays y ayant eu recours. On peut penser que le Conseil a étudié la législation américaine avant de se prononcer sur la question dans sa décision 2013-346 QPC³⁷.

L'ensemble de ces développements revêt un caractère très hypothétique, car les éléments présentés ne proviennent pas de la source originelle de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais toujours de l'affirmation ou de la supposition par l'intermédiaire de la doctrine d'une influence d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère sur les juges constitutionnels français. Cette absence de citation explicite résulte directement de la tradition française de motivation des décisions de justice.

b/ Le respect par le Conseil constitutionnel de la tradition de motivation à la française des décisions de justice

La traditionnelle opposition entre systèmes juridiques anglo-saxon et romano-germanique se retrouve dans la motivation des décisions de justice. Il existe une divergence dans les modèles de motivation des décisions de justice entre les juges de *common law* et les juges de *civil law*.

Les juges de *common law* sont réputés pour être plus enclins à une motivation détaillée exposant l'ensemble des éléments qui sont entrés en ligne de compte dans la construction du raisonnement juridique des juges et particulièrement le droit comparé. Certaines Cours sont ainsi plus enclines à recourir au droit comparé³⁸.

La motivation des décisions des juges de *common law* laisse une place pour les opinions divergentes, l'explication de chaque argument et le développement

³⁵ V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2011-223 QPC.

³⁶ V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2012-662 DC.

³⁷ V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2013-346 QPC.

³⁸ D. MAUSS, « Sur la mondialisation du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 88 : « Dans certains cas, cela ira jusqu'à les citer. Par exemple, la Cour suprême du Canada cite facilement des jurisprudences d'autres cours constitutionnelles ou cours suprêmes. Elle juge selon la technique anglaise d'un raisonnement long avec beaucoup de développements, donc de références et des précédents ».

par chaque juge de son point de vue³⁹. Ainsi les juges de *common law* « [...] en présentant le détail de leurs raisonnements [...] facilitent le développement du droit, non seulement à l'intérieur, mais également à l'extérieur des frontières nationales »⁴⁰. Le modèle de motivation de ces décisions se prête donc plus naturellement à l'exportation et à la compréhension par les homologues étrangers de ces juges de *common law*. En plus de cette « culture de base » des juges de *common law* dans la citation des précédents, l'utilisation de la langue anglaise favorise généralement la circulation d'une décision de justice⁴¹.

La motivation des juges de *civil law* et particulièrement des juges français est au contraire très brève et va à l'essentiel sans exposer tout le cheminement du raisonnement des juges.

Cette brièveté est due à la manière de construire la décision : là où les Anglo-saxons y voient une réunion des différentes opinions, les juges français ne présentent que l'opinion majoritaire, celle ayant emporté le plus de convictions⁴².

Le juge de *common law* est également plus attaché à l'importance des faits alors « [qu'] en France, les décisions qui font jurisprudence sont rendues par des cours (de cassation) qui jugent en droit, laissant les faits dans l'ombre, pour l'essentiel. [...] Ainsi « le style “autoritaire” du jugement français se prête mal à son exploitation hors du système »⁴³. Le juge de *common law* a une logique dite inductive, il part des faits pour en déduire le droit alors que le juge de *civil law* part de la norme pour déduire le droit applicable.

Cette capacité réduite du juge français, juge de *civil law*, à exporter ses décisions et à faciliter leurs exportations s'accompagne d'une absence de citation explicite des précédents étrangers dans le corps de ses décisions. « C'est

³⁹ S. ROBIN-OLIVIER, *La référence (non imposée) à d'autres droits par les juges des États membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 150 : « lorsque les juges font voir les développements de leurs raisonnements, il est plus facile de les comprendre et de s'en inspirer que lorsque la décision est sibylline en raison de sa forme épurée, sinon aride. [...] Les décisions les plus aisément exportables sont celles qui reposent sur un style judiciaire discursif, sur des opinions qui laissent voir les différents arguments susceptibles d'être déployés sur la question et sur le cas soumis au juge ».

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 10 : « juridictions appartenant à des pays de *common law* où la recherche et la citation des précédents font partie de la culture de base, et les pays de tradition de droit continental, ou, à l'inverse, les identités nationales ont toujours été considérées comme plus fortes. Il est fréquemment souligné que la communauté linguistique, en particulier pour les pays de langue anglaise, constitue un très fort facteur d'influence jurisprudentielle ». V. également : A. LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle : le recours au droit comparé par le juge », *op. cit.*, p. 26-27 : « Pour les juges de *common law*, c'est la règle du précédent qui prédomine ; ils sont donc prédisposés à chercher leur référence dans la jurisprudence. Ce constat est particulièrement saisissant pour les États du Commonwealth ».

⁴² S. ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, p. 151 : « Quant aux arrêts français, leur brièveté est caractéristique. Ils ne sont pas formés de la réunion des opinions des juges, mais présentent le résultat de la délibération de ces juges ».

⁴³ Ibid.

particulièrement le cas en France, où les juges, constitutionnels, administratifs et judiciaires, se refusent à avouer que leurs décisions ont été influencées par le droit comparé »⁴⁴.

Si le juge constitutionnel français ne fait pas figurer le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée, cela ne signifie pas qu'il ne l'utilise pas. Le Conseil constitutionnel appartient à la catégorie des juges qui y recourt, mais qui ne l'affiche pas, il faut alors chercher des références « *tacites et souvent cachées* »⁴⁵ à l'image des développements menés dans le précédent paragraphe. Ces références tacites et cachées sont parfois rassemblées dans un dossier documentaire, ou émanent du Commentaire de la décision ou d'un ensemble d'autres documents que l'on regroupe sous le générique de documents « connexes » aux décisions du Conseil constitutionnel.

2/ La présence non systématique de référence au droit constitutionnel comparé dans les documents connexes aux décisions du Conseil constitutionnel

Les documents connexes aux décisions du Conseil constitutionnel regroupent une multitude de documents qui interviennent tout au long de la procédure contentieuse devant le Conseil constitutionnel qu'il s'agisse d'un recours *a priori* ou *a posteriori*. Ces documents connexes comprennent tout ce qui gravite autour de la décision que rendent les neuf sages de la rue Montpensier qui constitue la seule production intellectuelle dont ils assument la responsabilité. Ils sont disponibles sur le site du Conseil constitutionnel.

Ces documents connexes comprennent le produit des travaux des services du Conseil constitutionnel, documents ayant permis l'instruction du dossier, mais que le juge constitutionnel ne s'approprie pas (b). On trouve à côté de ces documents « d'instruction » les documents du contradictoire (a). Enfin, sous l'appellation de document connexe est répertorié un ensemble d'autres documents que l'on qualifie de non publics (c).

L'imprégnation de l'ensemble des documents connexes permet de détailler toutes les informations dont ont disposé le rapporteur et les membres du Conseil dans la construction du raisonnement juridique ayant abouti à la jurisprudence constitutionnelle.

a/ Les documents du contradictoire

Les documents du contradictoire ne sont pas tous accessibles en fonction du type de contentieux. Les pièces contentieuses lors d'une procédure « QPC » sont confidentielles et par conséquent ne sont pas disponibles sur le site du Conseil

⁴⁴ T. DI MANNO, « Les figures du juge comparatiste », *op. cit.*, p. 16.

⁴⁵ T. GROPPi, *op. cit.*, p. 51.

constitutionnel. Il n'est pas impossible que ces documents renferment des références au droit comparé et plus précisément à une jurisprudence constitutionnelle étrangère, au contraire c'est une pratique qui tend à prendre de l'importance⁴⁶. Les échanges de conclusions des différentes parties vont donc avoir un impact sur le juge constitutionnel qui ne pourra plus ignorer l'existence d'une jurisprudence constitutionnelle comparée⁴⁷.

Les exemples qui vont être donnés ci-après ne concerneront que des contentieux *a priori*, mais les raisonnements qui seront développés valent pour l'ensemble des pièces contentieuses issues du dialogue contradictoire des parties (*a priori* comme *a posteriori*).

Ces documents connexes et plus précisément ces documents issus du contradictoire vont être étudiés dans un ordre chronologique similaire à celui de la procédure contentieuse. Ainsi, on étudiera dans un premier temps les saisines du Conseil constitutionnel (i) avant de voir dans un second temps les observations du Gouvernement (ii).

i/ Les saisines du Conseil constitutionnel

Il conviendrait de parler des saisines parlementaires. Cependant les documents du contradictoire ne s'arrêtent pas aux saisines d'un groupe de soixante députés ou de soixante sénateurs, ils comprennent également les répliques que ces derniers peuvent produire en réponse aux observations du gouvernement. De même on pourrait imaginer que la saisine ne provienne pas des parlementaires, mais d'une des quatre autorités originelles (Présidents de la République, du Sénat, de l'Assemblée Nationale et Premier ministre). Aucun exemple ne permet d'illustrer un recours à l'argument de droit comparé dans les saisines par ces quatre autorités. Ces saisines sont généralement très brèves et tendent à se raréfier, la saisine étant ouverte aux parlementaires elle est devenue un droit de l'opposition.

Dans les saisines de soixante députés et soixante sénateurs confondus, les exemples d'une référence à une jurisprudence constitutionnelle comparée ne sont pas très nombreux. On peut citer plusieurs références à la Cour constitutionnelle allemande dans les saisines à l'origine des décisions n^{os} 93-324 DC, 2007-555 DC et 2009-580 DC qui concernaient respectivement le statut de la banque de France, le caractère confiscatoire de l'impôt et la protection des données en ligne.

⁴⁶ J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », *op. cit.*, p. 80 : « [...] les parties, ou même parfois des tiers, intègrent de façon croissante à leur argumentation des éléments étrangers, obligeant ainsi les juges à un exercice comparatif ».

⁴⁷ *Ibid* : « Ceux-ci ne sont pas contraints de prendre en considération la jurisprudence étrangère, mais ils ne peuvent plus faire comme s'ils ne savaient pas qu'elle existait ». V. également, p. 83 : « Parfois même, des juges qui n'étaient pas du tout prêts à dialoguer y sont contraints, soit par les parties et les amici, soit par la nature de l'affaire elle-même, soit encore parfois par l'opinion publique ».

Dans la décision n° 93-324, les parlementaires font référence à une décision future de la Cour constitutionnelle allemande obligeant le Conseil à appréhender la jurisprudence passée et à surveiller les jurisprudences futures. Les parlementaires encouragent le Conseil constitutionnel à faire une veille sur la jurisprudence constitutionnelle allemande. Une référence à la Cour suprême américaine est également présente dans la saisine relative à la décision n° 2007-554 DC concernant les peines planchers. Enfin, les parlementaires ont fait référence à une jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol dans la saisine relative à la décision n° 2013-669 DC concernant le mariage homosexuel⁴⁸.

Hormis les saisines relatives aux décisions n°s 2007-554 DC et 2009-580 DC, les autres références à une jurisprudence constitutionnelle étrangère ont débouché sur une référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée dans le dossier documentaire lié à la décision. Ainsi le juge constitutionnel français a pris en compte l'argument jurisprudentiel comparé avant de rendre ses décisions.

Le Conseil constitutionnel ne renvoie cependant pas aux décisions jurisprudentielles comparées dans le corps de sa décision. Il peut lui arriver de faire référence de manière très indirecte à une jurisprudence constitutionnelle étrangère en associant l'origine de l'argument souligné par la jurisprudence constitutionnelle étrangère évoquée et la saisine des parlementaires. Autrement dit le Conseil n'assume l'argument jurisprudentiel comparé qu'au travers d'une appropriation préalable par les saisissants. Ainsi, dans la saisine relative à la décision n° 96-383 DC (concernant l'indépendance des représentants syndicaux) les sénateurs ont évoqué un argument bien précis⁴⁹ de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande que le Conseil constitutionnel prend en considération en se référant uniquement à la saisine et non à la décision de la Cour de Karlsruhe. Le Conseil transforme l'argument jurisprudentiel comparé en argument des saisissants.

Ce mécanisme révèle une pratique bien au-delà des références tacites ou cachées, il s'agit d'un mécanisme de transformation de l'origine de l'argument qui efface toute trace de la jurisprudence constitutionnelle étrangère et rend l'étude de son influence extrêmement complexe.

À côté des références explicites à une jurisprudence constitutionnelle étrangère, on peut trouver dans les saisines des références à la législation comparée. Ces références renvoient généralement de manière peu claire à l'état du droit dans un pays étranger qui se trouve être proche du nôtre.

Par exemple, la saisine de la décision n° 2004-492 DC, relative aux écoutes téléphoniques, mentionne l'existence d'une procédure de « plaider coupable »

⁴⁸ Pour plus de précisions, v. l'annexe relative aux décisions n°s 93-324 DC, 2007-554 DC, 2007-555 DC, 2009-580 DC et 2013-669 DC.

⁴⁹ V. l'annexe relative à la décision n° 96-383 DC.

beaucoup mieux encadrée « *dans d'autres pays – dont les États-Unis –* »⁵⁰. De même la réplique des soixante députés dans la décision n° 2006-540 (relative au contrôle d'une loi de transposition d'une directive européenne) renvoie aux décisions de plusieurs pays de ne pas transposer, ainsi qu'aux décisions prises par le législateur allemand⁵¹. Dans ces deux exemples, ces références de législation comparée ont eu pour conséquence la présence d'une référence de législation comparée respectivement dans le Commentaire de la décision et dans un document annexe au dossier documentaire, un tableau de législation comparée.

Ces renvois ne mentionnent pas de jurisprudences constitutionnelles étrangères, mais on peut imaginer que le Conseil constitutionnel, si le renvoi à la législation comparée est pertinent, va aller chercher des précisions sur cette législation comparée et éventuellement s'intéresser aux décisions de justice attachées à cette législation.

La répercussion de ces saisines sur le travail des juges n'est donc pas négligeable. Ces saisines constituent une clé de compréhension des influences de la jurisprudence constitutionnelle étrangère sur le travail du Conseil constitutionnel. Ce n'est pas le seul document susceptible de générer une telle prise en compte du droit comparé, les observations du gouvernement peuvent également avoir des conséquences similaires.

ii/ Les observations du Gouvernement

Le Secrétaire général du Gouvernement est systématiquement le défenseur de la loi devant le Conseil qu'il s'agisse d'un recours *a priori* ou d'un recours *a posteriori*. Les observations du gouvernement désignent les répliques aux mémoires en saisines et aux mémoires en répliques des saisissants. Les observations du Gouvernement peuvent, elles aussi, faire référence à une jurisprudence constitutionnelle étrangère. Ces références, à l'image des Saisines, sont peu nombreuses.

On peut citer comme exemple une référence à la Cour constitutionnelle d'Allemagne dans les observations du Gouvernement attachées à la décision n° 2005-514 DC (relative à la création d'un registre international français) et dans celles attachées à la décision n° 2008-562 DC (relative à la rétention de sûreté). Références qui seront reprises dans le dossier documentaire et le commentaire des décisions concernées⁵².

En réponse à la référence par les sénateurs à la jurisprudence constitutionnelle espagnole dans l'affaire n° 2013-669 DC concernant le mariage

⁵⁰ V. l'annexe relative à la décision n° 2004-492 DC.

⁵¹ V. l'annexe relative à la décision n° 2006-540 DC.

⁵² V. l'annexe relative aux décisions n° 2005-514 DC et 2008-562 DC.

pour tous⁵³, les observations du Gouvernement évoquent de manière imprécise la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande. Ce dialogue contradictoire de références jurisprudentielles constitutionnelles étrangères va pousser les services du Conseil à mener une étude plus complète de jurisprudence constitutionnelle comparée et inclure dans le dossier documentaire et dans le Commentaire une étude plus complète intégrant les jurisprudences constitutionnelles belge et portugaise.

À côté de ces références explicites, il existe un certain nombre de références à de la législation comparée qui laisse supposer que le Conseil constitutionnel a pu étudier les jurisprudences rendues sur ces législations.

Ainsi, on peut citer comme exemples les observations liées aux décisions n^{os} 2001-446 DC, 2003-484 DC et 2004-492 DC⁵⁴ qui font référence à la législation comparée de différents pays européens en ce qui concerne respectivement l'interruption volontaire de grossesse, la problématique de l'immigration et la mise sur écoute dans le cadre d'une procédure pénale.

Les observations du Gouvernement constituent donc une seconde clé d'analyse de l'influence de la jurisprudence constitutionnelle étrangère sur la construction des décisions du Conseil constitutionnel quand bien même les références sont faibles et peu mises en valeur.

La référence jurisprudentielle comparée peut apparaître dès l'origine du contentieux dans une saisine. Cette première référence peut être contredite, complétée ou éclairée par de nouvelles références dans les observations que produit le Secrétaire général du Gouvernement. Ce dialogue contradictoire va alors inciter le juge constitutionnel à prendre part au dialogue des juges et avoir lui aussi recours à l'argument jurisprudentiel comparé. Ce recours ne va généralement pas se traduire dans les décisions du Conseil comme on l'a expliqué plus haut, mais plutôt dans les documents des services du Conseil constitutionnel.

b/ Les documents des services du Conseil Constitutionnel

Le Conseil constitutionnel est composé de quatre services : le service des relations extérieures, le service administratif et financier (auquel est rattaché le service informatique), le service de la documentation et le service juridique. Tous ces services ont des missions spécifiques et seulement deux d'entre eux interviennent dans la procédure contentieuse du Conseil constitutionnel : le service de la documentation et le service juridique. Ces deux services sont gérés par des directeurs de service, eux-mêmes coordonnés par le Secrétaire général du Conseil constitutionnel.

⁵³ V. l'annexe relative à la décision n° 2013-669 DC.

⁵⁴ V. l'annexe relative aux décisions n^{os} 2001-446 DC et 2003-484 DC.

Sans rappeler l'ensemble des tâches accomplies par chacun dans le cheminement d'une saisine du Conseil, on se contentera de relever la production par le service de la documentation d'un dossier documentaire (i) et la production par le service juridique (en collaboration avec le Secrétaire général) d'un commentaire de la décision (ii).

i/ Les dossiers documentaires

Le service de la documentation est à l'origine d'autres documents disponibles sur le site du Conseil constitutionnel comme les historiques législatifs ou les documents de législations consolidées. Ces documents rassemblent en général l'ensemble des informations de modification d'une norme dont le Conseil doit apprécier la validité, mais ne contiennent pas de référence de droit comparé. Aussi, on ne s'intéressera qu'au dossier documentaire qui est susceptible de rassembler des informations de législation comparée, ou des références à la jurisprudence constitutionnelle étrangère.

Le service de la documentation peut être amené à effectuer des recherches de législations comparées ou de jurisprudence constitutionnelle comparée, soit en raison du dialogue contradictoire, soit par curiosité du service juridique ou du rapporteur. Il est difficile d'établir le critère qui permet de définir quand cette recherche d'arguments de droit comparé peut figurer ou non dans le dossier documentaire. On peut imaginer un critère de pertinence des informations apportées par cette recherche. Si la recherche de droit comparé n'apporte rien alors il apparaît inopportun de la faire figurer dans le dossier documentaire. Le dossier documentaire peut en effet être vu comme l'ensemble des éléments pertinents qui vont servir à la construction de la décision, c'est pourquoi il est conçu avant l'instruction puis distribué à l'ensemble des membres du Conseil. Il apparaît dommage pour le chercheur en droit de voir écarter une telle référence de droit comparé sous prétexte qu'elle n'apporte rien. On pourrait en effet être tenté d'affirmer que dès lors que le rapporteur a pris connaissance d'une référence de droit comparé il devrait la mentionner pour des raisons de transparence. La question qui se pose ici, mais également pour l'ensemble des documents connexes : est-ce qu'en vertu du principe de transparence et de pédagogie pour les lecteurs et chercheurs en droit, le Conseil doit faire apparaître l'ensemble de ses travaux ?

On peut considérer qu'à partir du moment où le juge constitutionnel ne se sent lié que par les décisions qu'il rend, les documents produits par ses Services ont une certaine indépendance intellectuelle. Cette indépendance devrait permettre une certaine transparence de l'ensemble des recherches effectuées pour élaborer ce dossier.

Quand bien même ce dossier documentaire serait une source privilégiée pour trouver des références à la jurisprudence constitutionnelle étrangère, ces références ne sont pas très courantes.

Le dossier documentaire des décisions n^{os} 2004-500 DC et 2005-512 DC fait apparaître deux annexes disponibles en ligne qui font état respectivement d'une étude de jurisprudence constitutionnelle comparée en matière de qualité normative de la loi et en matière de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. L'annexe au dossier documentaire de la décision n^o 2013-669 DC renvoie également à une étude de jurisprudence constitutionnelle comparée⁵⁵.

Contrairement aux décisions précitées, le dossier documentaire des décisions n^{os} 2004-505, 2005-37 REF, 2005-514 DC, 2005-530 DC, 2007-555 DC et 2008-562 DC⁵⁶ mentionne uniquement la jurisprudence constitutionnelle de la Cour constitutionnelle d'Allemagne ce qui permet de témoigner d'un regard privilégié du Conseil sur son voisin allemand.

Le dossier documentaire de la décision n^o 2012-289 QPC fait référence à une jurisprudence de la Cour suprême américaine en ce qui concerne le principe *non bis in idem*.

Au-delà de références explicitées à une jurisprudence constitutionnelle comparée, il est possible de trouver dans les dossiers documentaires des références à la législation d'un autre pays. Cette référence, comme on l'a précisé plus haut, permet de supposer le regard du juge constitutionnel sur les jurisprudences attachées à ces législations comparées.

Ainsi, les décisions n^{os} 2003-487 DC, 2006-540 DC et 2012-653 DC mentionnent une étude de législation comparée en ce qui concerne respectivement, la réforme de l'aide sociale aux États-Unis, la transposition d'une directive par les États membres de l'Union et la règle de l'équilibre budgétaire⁵⁷.

Le dossier documentaire est donc une source supplémentaire où l'on peut trouver une référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée. Cette source témoigne plus fortement d'une influence du Conseil constitutionnel par cet argument jurisprudentiel comparé puisque ce dossier s'il n'engage que le service de la documentation est tout de même élaboré pendant l'instruction d'un recours et distribué à tous les membres. Ce qui signifie que lorsqu'un tel dossier contient des éléments de jurisprudence constitutionnelle étrangère les juges constitutionnels ne peuvent nier avoir eu connaissance de cette jurisprudence comparée. La simple connaissance, la simple lecture de ces éléments de droit comparé est de nature à impacter le raisonnement et la construction de la solution du Conseil quand bien même celui-ci ne révélerait pas l'ensemble des sources rentrées en ligne de compte dans la motivation de la décision qu'il rend.

⁵⁵ V. l'annexe relative aux décisions n^{os} 2004-500 DC, 2005-512 DC et 2013-669 DC.

⁵⁶ V. l'annexe relative aux décisions n^{os} 2004-505, 2005-37 REF, 2005-514 DC, 2005-530 DC, 2007-555 DC et 2008-562 DC.

⁵⁷ V. l'annexe relative à la décision n^{os} 2003-487 DC, 2006-540 DC et 2012-653 DC.

Au-delà du dossier documentaire qui fait état des éléments pris en compte, un document explicatif de la décision est également produit par le service juridique et permet de pallier à la brièveté des décisions du Conseil, c'est le commentaire de la décision.

ii/ Les commentaires de décisions

Le service juridique en collaboration avec le Secrétaire général et le rapporteur de la décision travaille en parallèle au projet de décision à un projet de commentaire de celle-ci. Une fois la décision validée, un commentaire de la décision est également approuvé. Le commentaire à la différence du dossier documentaire n'est pas une juxtaposition d'informations dont se seraient servis les juges pour construire leurs raisonnements, il constitue une production intellectuelle plus aboutie dans laquelle les services juridiques vont apporter un éclairage accessible à l'ensemble du public. C'est un document de communication du Conseil qui permet de pallier aux difficultés de langage du droit qui exclut tout néophyte de la compréhension des décisions du Conseil.

Ce commentaire apparaît également comme un palliatif à la tradition française de brièveté des motivations des décisions de justice. C'est un document qui n'engage que le service juridique et non les juges constitutionnels, mais celui-ci permet d'expliquer les considérants obscurs et de détailler l'origine de certains raisonnements. Le commentaire a également pour mission d'assurer la cohérence dans la jurisprudence du Conseil, il explique les évolutions jurisprudentielles. Il constitue une sorte de motivation supplémentaire à mi-chemin entre la motivation des juges de *civil law* et celle des juges de *common law* et devient un document complémentaire à la compréhension des décisions du Conseil. Dans cette logique « anglo-saxonne » de motivation des décisions, le commentaire va lui aussi constituer une source de référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée.

Ainsi, dans les commentaires des décisions n^{os} 2005-514 DC, 2008-562 DC et 2013-682 DC concernant respectivement la création d'un registre international français, la rétention de sûreté et le principe de sécurité juridique il est fait mention de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande. De même dans les commentaires des décisions n^{os} 2008-564 DC et 2010-39 QPC il est précisé que le Conseil constitutionnel s'est directement inspiré de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne en ce qui concerne la notion « d'identité constitutionnelle de la France » et la possibilité de soulever l'inconstitutionnalité d'une jurisprudence, autrement dit de la vie d'un texte et pas simplement de la lettre de celui-ci. On peut également retrouver une référence à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis en ce qui concerne le principe *non bis in idem* et

en ce qui concerne le principe de laïcité étatique dans les commentaires des décisions n^{os} 2012-289 QPC et 2012-297 QPC⁵⁸.

L'étude de la jurisprudence constitutionnelle américaine et italienne se retrouve dans le commentaire de la décision n^o 2013-336 QPC relative à la modulation des effets dans le temps. Le commentaire de la décision n^o 2013-314 P fait également référence à une étude de jurisprudence constitutionnelle comparée sur le mandat d'arrêt européen⁵⁹.

À côté de ces nombreuses influences explicites, on peut supposer une influence implicite par la présence de références à une législation de droit comparé.

Les Commentaires des décisions n^{os} 2003-484 DC et 2004-492 DC respectivement sur la rétention administrative et les écoutes téléphoniques renvoient à la législation des autres pays européens. Le commentaire de la décision n^o 2011-192 QPC évoque, sur la protection du secret défense, une référence imprécise à la « *préoccupation commune à toutes les démocraties* ».

Enfin, le commentaire de la décision n^o 2011-223 QPC fait mention de l'inspiration espagnole de la loi dont il a à juger de la constitutionnalité⁶⁰.

Ces documents des services du Conseil permettent d'assurer la transparence et la motivation supplémentaire des décisions de justice du juge constitutionnel. Il est cependant regrettable de constater qu'il n'existe pas de lien logique entre ces deux documents (commentaire et dossier documentaire) la présence d'une référence jurisprudentielle comparée dans l'un ne présume pas d'une référence dans l'autre. Ces deux documents n'ont pas la même fonction, mais une logique devrait être mise en place. Or actuellement on a l'impression qu'aucune logique n'est présente, c'est le service qui a trouvé une référence qui choisit ou non de l'insérer dans le document public qu'il produit.

Le dossier documentaire devrait avoir un rôle de répertoire dans lequel va piocher le commentaire pour l'explication de la décision du Conseil. Ainsi le dossier documentaire devrait logiquement contenir l'ensemble des références auquel le Commentaire renvoie ; qu'il s'agisse de jurisprudence constitutionnelle comparée ou de législation comparée. Cela permettrait de hiérarchiser et d'organiser les sources informelles des décisions de justice constitutionnelle en France. Ainsi, la recherche de l'influence de la jurisprudence constitutionnelle comparée sur le Conseil constitutionnel pourrait être analysée autrement que par une suite illogique de références.

⁵⁸ V. l'annexe relative aux décisions n^{os} 2005-514 DC, 2008-562 DC, 2008-564 DC, 2010-39 QPC, 2012-289 QPC et 2012-297 QPC.

⁵⁹ V. l'annexe relative aux décisions n^{os} 2013-336 QPC et 2013-314 P.

⁶⁰ V. l'annexe relative aux décisions n^{os} 2003-484 DC, 2004-492 DC, 2011-192 QPC et 2011-223 QPC.

Ces documents des services du Conseil ne permettent cependant pas de détailler l'influence intégrale de la jurisprudence constitutionnelle comparée sur le Conseil constitutionnel français. Il existe un certain nombre de documents non publics qui peuvent contenir des références à la jurisprudence constitutionnelle étrangère.

c/ Les documents non publics

Le caractère non public des documents que l'on va étudier empêche toute citation d'exemple. On va donc se contenter de souligner l'existence potentielle de sources multiples à la référence à une jurisprudence constitutionnelle comparée. La plupart des sources dont on va parler font l'objet d'un écrit (i), mais le terme de document peut apparaître imprécis dès lors que certaines sources ne font pas obligatoirement l'objet d'une retranscription sur un support matériel (ii).

i/ Les sources internes bénéficiant d'un support matériel systématique

La qualification de source interne implique une accessibilité limitée du document. Les sources qui vont être présentées ne sont pas ouvertes au public. Parmi ces documents on trouve notamment les mémoires des parties à une question prioritaire de constitutionnalité dont on a déjà détaillé la potentialité en terme de référence à une jurisprudence constitutionnelle comparée dans l'étude des saisines du Conseil.

Au-delà des saisines par les parties, le Conseil constitutionnel peut recevoir des demandes supplémentaires sur une question dont il est saisi. Ces « avis » sur la constitutionnalité d'une disposition sont couramment appelés « portes étroites ». Elles ont des origines multiples et variées, mais elles consistent généralement à attirer l'attention du Conseil constitutionnel sur des moyens nouveaux, de nouvelles argumentations en faveur de l'inconstitutionnalité de la disposition ou au contraire pour en défendre la constitutionnalité. Ces portes étroites peuvent également soulever des inconstitutionnalités que les saisissants n'ont pas soulignées. Ces arguments vont permettre au Conseil constitutionnel de soulever d'office certaines inconstitutionnalités. On peut alors tout à fait imaginer la référence à une jurisprudence constitutionnelle comparée au sein d'une porte étroite que ce soit pour attaquer ou défendre la constitutionnalité d'une disposition dont le Conseil constitutionnel a ou aura à connaître. Cette voie permet au Conseil de ne pas être totalement fermé au monde extérieur dès lors qu'il est saisi d'une question particulière. C'est un moyen pour la doctrine d'éclairer le Conseil et d'attirer son attention sur certains points.

À côté de ces « requérants » anonymes, le Conseil constitutionnel peut également avoir recours à des expertises sur une question précise de droit. Une telle expertise peut porter sur une étude de législation ou de jurisprudence comparée. Le Conseil constitutionnel consulte des personnalités extérieures au

Conseil pour avoir un avis objectif. Ces « amis de la cour » vont alors produire une étude ou un raisonnement pour le compte du Conseil constitutionnel.

On peut citer par exemple l'étude sur « le contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité en Europe, étude systématique des contrôles dans 28 Etats européens » sous la direction d'Anne Levade publiée par le Centre de recherche communautaire. Cette étude répond à une lettre de mission du Secrétaire général du Conseil constitutionnel.

En l'espèce il s'agit d'une véritable étude de législation comparée, commandée par le Conseil constitutionnel à des universitaires.

Il peut exister dans les travaux parlementaires des études de législation comparée ou de jurisprudences constitutionnelles comparées auquel le Service de la documentation peut faire référence, ou reprendre à son compte.

Ces documents vont nourrir une réflexion interne au Conseil constitutionnel et si celui-ci décide de se fonder sur une de ces sources il ne reconnaîtra pas l'existence de tel document, mais prétendra avoir découvert de tels arguments par lui-même. Ainsi ces sources ne sont internes que par l'appropriation par le Conseil constitutionnel de tel document, mais la construction intellectuelle est bel et bien extérieure au Conseil.

À côté de ces documents dont la construction intellectuelle est extérieure au Conseil, il existe des documents dont l'initiative et la construction sont internes au Conseil.

En parallèle aux travaux du Secrétaire général et des Services juridiques et de la documentation, grâce aux évolutions technologiques notamment informatiques, le rapporteur peut effectuer ses propres recherches sur un sujet. Le rapporteur peut très bien se documenter et effectuer une recherche de droit comparé, de jurisprudence constitutionnelle étrangère, mais ne pas l'intégrer dans les documents publics du Conseil. La construction personnelle du raisonnement juridique du rapporteur peut parfaitement être influencée par la jurisprudence étrangère sans qu'aucun signe ne soit visible dans les documents accessibles à tous.

Le service de la documentation produit énormément de travaux à la demande du service juridique, du Secrétaire général ou du rapporteur directement, voire d'un membre qui souhaite être documenté sur une question en l'absence de toute saisine sur le sujet.

Ainsi un certain nombre de notes de synthèse de doctrine ou de jurisprudence, de tableaux peuvent être élaborés par le service de la documentation. On peut tout à fait envisager la construction de tableau, ou de note de compilation doctrinale sur l'étude de la jurisprudence constitutionnelle comparée sur un sujet. Ces travaux peuvent ensuite ne pas être jugés suffisamment

pertinents pour être intégrés au dossier documentaire ou au Commentaire. De plus un certain nombre de ces documents sont parfois produits en dehors de tout contentieux officiel, pour le compte d'un membre, du directeur du service juridique, du Secrétaire général ou simplement suite à une veille juridique qui n'a pas été suivie d'une saisine.

Ou au contraire ces documents peuvent être si bien réalisés qu'ils vont être archivés puis actualisés et réutilisés pour une autre décision. C'est ainsi qu'on retrouve l'utilisation des mêmes annexes au dossier documentaire en ce qui concerne les décisions n^{os} 2004-500 DC et 2005-512 DC.

Le service juridique élabore avec le Secrétaire général une note interne au Conseil constitutionnel à destination du rapporteur et des membres. Cette note juridique reprend l'ensemble des éléments juridiques nécessaires à la résolution du litige, rappelle les différents problèmes auxquels est confronté le Conseil et rappelle sa jurisprudence précédente. Cette note va servir de base à la discussion avec le rapporteur pour l'élaboration d'un ou plusieurs projets de décisions qui seront ensuite présentés aux membres.

Cette note interne peut comprendre des références doctrinales et des références au droit comparé. Il est plus que probable que figurent dans ces notes des références à la jurisprudence constitutionnelle étrangère. C'est d'ailleurs au sein de ce document que cette référence jurisprudentielle comparée doit acquérir la plus grande influence sur la décision du Conseil.

En effet la note étant distribuée à tous les membres avec le dossier documentaire avant la séance plénière, ces derniers préparent le débat qui aura lieu à la lumière de ces deux documents.

L'influence la plus directe sur le juge constitutionnel de références jurisprudentielles comparées est celle qui pourrait avoir lieu lors du délibéré. Les archives des comptes-rendus de délibérés ne sont accessibles au public que 25 ans après la publication de la décision selon une loi organique du 15 juillet 2008 prise en application de l'article 63 de la Constitution. « *En France, l'ouverture des archives du Conseil constitutionnel a permis d'apprendre que le droit étranger n'était pas absent des discussions entre les juges constitutionnels. En effet, dans les délibérations, « le recours au droit comparé est fréquent* »⁶¹.

Il gravite autour de tous ces documents écrits une multitude de sources qui ne sont pas systématiquement traduites sur un support matériel.

⁶¹ S. LEBEDEL, « La prise en compte des précédents étrangers par les cours constitutionnelles », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, op. cit., p. 113 qui renvoie à B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEU et alii, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Paris, Dalloz, p. 337-338.

ii/ Les sources internes bénéficiant d'un support matériel occasionnel

Le rapporteur et les membres intéressés qui travaillent en parallèle au service juridique et au Secrétariat général peuvent se documenter sur une jurisprudence constitutionnelle étrangère. L'influence d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère peut provenir d'un document écrit, mais prendre son ampleur grâce à « l'oral propre à toute juridiction », ce que certains appelleraient les « discussions de couloirs » au travers desquels le service juridique, le Secrétaire général et le rapporteur ou les membres discutent entre eux et ont des débats juridiques qui peuvent parfois inclure une jurisprudence ou une législation comparée.

Ce pré délibéré oral peut parfois servir à mieux préparer une séance plénière ou une réunion avec le Secrétaire général du Gouvernement.

Le rapporteur établit avec le Secrétaire général et le service juridique le questionnaire au Gouvernement (lors d'un contentieux *a priori*) qui va intégrer d'éventuelles portes étroites et questions techniques du rapporteur. Mais on peut très bien imaginer au-delà de ce questionnaire que le Conseil demande au Secrétaire général du Gouvernement de fournir une étude de jurisprudence constitutionnelle comparée même s'il ne sera pas le mieux placé pour la fournir.

La réunion avec le Secrétaire général du Gouvernement donne lieu à des échanges oraux entre le rapporteur, le service juridique accompagné du Secrétaire général et le Secrétaire général du Gouvernement accompagné des représentants des différents ministères concernés par la loi en question. Les réponses orales du Gouvernement sont généralement retranscrites dans les Observations du Gouvernement, mais l'oral peut parfois permettre d'aborder une question sans y faire référence par écrit par la suite. On peut parfaitement imaginer une discussion sur une jurisprudence constitutionnelle étrangère.

Le rapporteur peut également recourir à des expertises. Ces expertises prennent la forme d'une audition d'expert par le rapporteur. Les autres membres peuvent assister à ces auditions, tout comme le service juridique et le Secrétaire général. Ces auditions peuvent devenir l'occasion d'auditionner une personnalité qualifiée en ce qui concerne le droit comparé, la jurisprudence constitutionnelle comparée. On pourrait même envisager une audition par le Conseil constitutionnel de juges constitutionnels étrangers qui auraient été confrontés précédemment à une question similaire. Cette audition permettrait ainsi aux juges étrangers d'expliquer leur cheminement intellectuel et d'éviter au Conseil constitutionnel un certain nombre de contretemps ou d'impasses intellectuelles contreproductives.

Enfin, parmi les sources dématérialisées de l'influence d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère sur le Conseil constitutionnel on peut renvoyer aux diverses activités para contentieuses du Conseil. Le Conseil constitutionnel dispose d'un service de relations extérieures très actif qui organise des rencontres

et des séances de travail avec les juges constitutionnels étrangers, des visites d'autres Cours constitutionnelles ou suprêmes, des déjeuners, des conférences avec les juges constitutionnels étrangers ou des universitaires, etc. Le poids des relations extérieures dans la culture juridique des membres du Conseil ne doit pas être sous-estimé, car « [...] *lorsqu'un juge rencontre un autre juge, qu'est-ce qu'ils se racontent, sinon des histoires de jurisprudence ?* »⁶².

Par exemple, dans la seule année de 2001, au-delà des relations avec des parlementaires et universitaires étrangers le Conseil constitutionnel a notamment :

- tenu une réunion de travail avec le Président et trois membres du Tribunal constitutionnel d'Espagne ;
- reçu une délégation du Comité constitutionnel du Qatar ;
- reçu une délégation du Conseil constitutionnel du Tchad pour un séjour d'étude puis pour une réunion de travail ;
- reçu Monsieur Stephen Sedley, Lord Justice à la High Court du Royaume-Uni ;
- convié à déjeuner une douzaine de professeurs de droit public, le juge Michel Bastarache, membre de la Cour Suprême du Canada, Mme Ivana Janu, Vice-Présidente de la Cour constitutionnelle de la République tchèque ;
- accueilli trois collaborateurs de la Cour constitutionnelle du Maroc pour un séjour d'étude ;
- reçu six hauts magistrats de la Cour de cassation égyptienne ;
- reçu deux membres du Conseil d'État algérien ;
- reçu en stage au Conseil un conseiller juridique de la Cour constitutionnelle de Hongrie ;
- reçu Monsieur Nafiev, Président de la Cour constitutionnelle du Tatarstan ;
- déjeuné avec deux membres de la Cour suprême de la République dominicaine ;
- reçu Son Excellence M.A. Salim (Soudan) pour une réunion de travail ;
- accueilli un groupe d'universitaires britanniques pour évoquer avec eux la question du principe d'égalité, telle qu'elle se présente en droit interne et en droit européen ;
- organisé un échange d'expériences entre la Cour constitutionnelle du Bénin et le Conseil constitutionnel français ;
- reçu M. Stephan Ledrew, Président du parti libéral canadien autour du thème du financement des partis et des campagnes électorales
- reçu Monsieur Omar Chirdon Abass, Président du Conseil constitutionnel de Djibouti ;
- reçu le Président de la Cour constitutionnelle du Togo, Monsieur Amega ;
- reçu une délégation vénézuélienne de magistrats conduite par le Président du Tribunal suprême ;

⁶² B. FRYDMAN, « Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », in *Le dialogue des juges*, op. cit., 2007, p. 151.

- reçu Monsieur le professeur Juan Augustin Figueroa Yavar, membre du Tribunal constitutionnel du Chili ;
- reçu Madame Snjezana Savic, présidente de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine ;

Certains des membres du Conseil ou certains de ses collaborateurs ont :

- effectué une visite de la Cour constitutionnelle tchèque ;
- participé au premier séminaire des correspondants nationaux de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français ;
- participé à un séjour d'étude auprès de la Cour constitutionnelle du Bénin ;
- été reçus par un juge à la Haute Cour d'Australie ;
- représenté le Conseil constitutionnel à Karlsruhe aux cérémonies marquant le 50^e anniversaire de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne ;
- participé au colloque organisé par le CEDROMA (Centre d'études des droits du monde arabe, Université Saint-Joseph, Beyrouth, Liban) sur le thème : « Les dénominateurs communs entre les principes généraux du droit musulman et des droits des pays arabes, d'une part, et les principes généraux du droit français, d'autre part » ;
- participé à l'assemblée générale, ainsi qu'au deuxième congrès de l'Association des ombudsmans et médiateurs francophones, organisé à Andorre-la-Vieille ;
- participé, à Kiev, à la célébration du 5^e anniversaire de la Cour constitutionnelle d'Ukraine ;
- participé aux manifestations organisées à Moscou pour le 10^e anniversaire de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie ;

Le site du Conseil constitutionnel donne un aperçu de l'ampleur de ces relations extérieures à travers les bilans annuels de son activité qu'il met en ligne dans une section spécialement consacrée aux relations extérieures.

Ces documents connexes forment une sorte de palliatif à la tradition française de motivation des décisions de justice. Si bien que lorsqu'on a à l'esprit le poids réel des services du Conseil constitutionnel, on mesure l'importance de ces documents connexes pour le raisonnement juridique du Conseil. Ces documents forment un corpus permettant de détailler à la fois les sources et les raisonnements auxquels les juges constitutionnels se sont confrontés, et de donner une explication qui compense la brièveté de la décision du Conseil constitutionnel.

La localisation très variable d'une référence à une jurisprudence constitutionnelle illustre son importance erratique, irrégulière dans la construction du raisonnement des juges constitutionnels.

3/ L'importance erratique de la référence au droit constitutionnel comparé par le Conseil Constitutionnel

Le Conseil constitutionnel ne fait pas un recours systématique à la jurisprudence constitutionnelle étrangère. De plus, lorsqu'il y a recours, ces références ne sont jamais répertoriées au même endroit, de la même façon dans les documents connexes si bien qu'on en vient à s'interroger sur l'importance que revêt, pour le Conseil, l'utilisation de la jurisprudence constitutionnelle étrangère. L'absence de formalisme systématisé, harmonisé souligne l'importance aléatoire de cette pratique contentieuse qu'est l'utilisation d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère.

L'importance irrégulière de la référence à l'argument de droit comparé amène à deux séries d'interrogations auxquelles nos développements futurs tenteront d'apporter une réponse : le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée est-il attaché à un type de contentieux spécifique (a) ? Qu'apporte le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère (b) ?

a/ L'opportunité de la référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée

La jurisprudence constitutionnelle étrangère ne fait pas l'objet d'un recours systématique. Dès lors, on peut s'interroger sur l'existence d'un lien entre les décisions dans lesquelles on aperçoit une telle référence. Ces décisions sont-elles liées par une même logique ? Ou est-ce le hasard et l'humeur du juge qui dictent la manifestation de telle référence ? En d'autres termes il s'agit d'observer quels sont les critères qui poussent le juge à recourir à de tels précédents étrangers.

Il n'existe aucune obligation pour le juge constitutionnel français de regarder la jurisprudence constitutionnelle étrangère. Comme on l'a précédemment évoqué, le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'une habilitation constitutionnelle pour l'utilisation du droit comparé. Quand bien même une telle habilitation existerait, les juges restent libres d'utiliser ou non le droit comparé dont il a pris connaissance. Il y a en effet une différence entre la prise de connaissance du droit comparé et son utilisation.

On peut penser que la simple lecture d'une jurisprudence étrangère est irrémédiable dès lors que la connaissance d'une décision étrangère ne pourra plus être ignorée, l'ensemble des lectures postérieures et la construction du raisonnement juridique par le juge se trouveront influencés par cette première lecture. Que ce soit une confortation du sentiment du juge ou un rejet de la jurisprudence étrangère, il y a eu influence du droit comparé.

Le recours à une jurisprudence constitutionnelle étrangère est un phénomène beaucoup plus précis que l'influence. Il s'agit d'un acte positif du juge (et pour le Conseil de ses Services) de citation d'une jurisprudence

constitutionnelle étrangère. Il s'agit de distinguer l'influence que peut avoir une simple lecture et l'utilisation positive de cette lecture. C'est une distinction entre ce que le juge lit et ce que le juge dit.

Ainsi, on ne se pose pas ici la question des causes de l'influence de la jurisprudence constitutionnelle étrangère (qui peut exister sans indices remarquables en raison de sa présence dans des documents non publics), mais plutôt des causes du recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère. Qu'est-ce qui incite le juge à faire figurer de manière plus ou moins officielle (au travers des documents connexes) une jurisprudence constitutionnelle étrangère ? Certains auteurs se réfèrent à la décision Makwanyane de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud où figure une formule explicite : « *les droits étrangers peuvent nous servir de guide, mais en aucun cas nous ne sommes liés par eux* »⁶³. D'autres évoquent le fait que « *le dialogue* (la référence à une jurisprudence constitutionnelle comparée en l'espèce) *n'est pas [...] une contrainte positive. Les juges choisissent donc de dialoguer (ou non)* »⁶⁴.

Les juges ne sont pas liés par la jurisprudence d'un ordre juridique distinct de celui dans lequel ils rendent leurs décisions. Aussi l'absence de poids juridique de ces jurisprudences étrangères fait de cette référence jurisprudentielle comparée un simple argument informel. Pourquoi le juge ressent-il le besoin dans certaines hypothèses de citer cet argument informel ? De recourir au dialogue des juges ?

Les juges ressentent le besoin de recourir à une jurisprudence étrangère dans des situations particulières. La doctrine conçoit plusieurs types de situations particulières qui peuvent justifier la citation d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère : il s'agit des cas dans lesquels le juge rencontre une difficulté particulière pour rendre sa décision. C'est ce que la doctrine appelle les cas difficiles ou *hard case* selon les juges américains. Ces difficultés sont de plusieurs natures, elles se manifestent :

- lorsque le droit positif est insuffisant pour résoudre tel quel le litige⁶⁵ ;
- lorsque le problème est international, au-delà du cadre national et ne peut être résolu qu'à l'échelle globale⁶⁶ ;
- lorsque le problème est nouveau et actuel⁶⁷ ;

⁶³ A. LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle : le recours au droit comparé par le juge », *op. cit.*, p. 35-36.

⁶⁴ J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 119.

⁶⁵ E. DUBOUT et S. TOUZE, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁶ J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 116 : « *Guy Canivet, parle de "bénévolance des juges" (...). Qu'est-ce qui motive ce dialogue "bénévole" des juges ? Dans la mesure où le contentieux lui-même s'internationalise en même temps que les sources du droit se dénationalisent, les juges sont de plus en plus confrontés à des problèmes communs (comme le terrorisme, Internet ou la pollution) qui ne peuvent être résolus qu'à l'échelle globale. La mondialisation encourage donc les juges à se livrer à l'exercice comparatif et leur permet aussi parfois d'emprunter à d'autres juges, issus de systèmes hétérogènes, des solutions aux affaires difficiles* ».

⁶⁷ T. GROPP, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels » *op. cit.*, p. 57 : « *D'autant plus que souvent il s'agissait de traiter de problèmes tout à fait nouveaux et actuels [...] en*

- lorsqu'il s'agit d'un problème de société : la question est complexe et controversée, elle soulève un débat à la frontière du droit (questions éthiques, choix économiques ou sociaux, etc.)⁶⁸

Le juge confronté à une affaire plus complexe ou technique que d'habitude va se trouver face à une difficulté supplémentaire qu'il va parfois surmonter par le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée.

Dans ces situations difficiles, le but de la référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée est de convaincre. Si l'influence de la jurisprudence comparée est un argument informel, son utilisation, sa citation a un but beaucoup plus précis. Le juge souhaite donner à cet argument un poids plus important, l'argument de droit comparé devient persuasif à l'égard du public de la décision, mais également à l'égard des autres membres de la juridiction⁶⁹. La mondialisation d'un problème impose une réponse mondiale des juges ce qui explique la force exceptionnelle de la jurisprudence voisine. L'absence de frontières aux problèmes nouveaux a pour effet de décloisonner les systèmes jurisprudentiels : dès lors que les juges font face aux mêmes difficultés, la jurisprudence d'un juge peut se trouver décloisonnée de son ordre juridique et venir convaincre les juges d'un autre ordre juridique. La mondialisation des problèmes juridiques entraîne la création d'un ordre juridique jurisprudentiel commun qui se cache derrière les expressions de dialogue des juges, de circulation ou de communicabilité des jurisprudences.

Une autre question se pose lorsque l'on étudie l'opportunité du recours à l'argument jurisprudentiel comparé : comment choisir la décision étrangère ?

On peut répondre de manière assez synthétique. On ne peut comparer que ce qui est comparable. Cela se traduit par l'existence de critères de pertinences qui peuvent varier en fonction de chaque affaire, de chaque difficulté et de chaque juridiction. On peut cependant dégager des critères relativement récurrents. Tout d'abord, il y a la proximité géographique et culturelle avec l'État dont on regarde la jurisprudence. La proximité géographique entraîne nécessairement une proximité culturelle, voire institutionnelle, en raison d'une histoire commune plus longue qu'avec d'autres pays. Ce qui explique, pour le Conseil constitutionnel, une référence plus fréquente à la Cour de Karlsruhe, ou à la Cour constitutionnelle italienne. Ensuite, on peut évoquer l'ancienneté de la juridiction : la Cour suprême

particulier concernant le développement des technologies biomédicales ou de la communication, ou des phénomènes mondiaux tels que l'immigration, le terrorisme, l'environnement ».

⁶⁸ S. ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, p. 147.

⁶⁹ A. LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle : le recours au droit comparé par le juge », *op. cit.*, p. 32 : « L'objectif du juge, au-delà de la recherche de légitimité auprès de l'opinion publique, est également d'emporter la conviction de ses pairs. L'éclairage comparatiste peut permettre d'enrichir le débat et la réflexion au sein de la formation de jugement. (...) En effet, par le biais de la comparaison, le juge peut profiter directement de l'expertise de ses homologues lorsqu'il est confronté à un problème juridique équivalent ».

américaine étant la plus vieille cour protégeant les droits fondamentaux il est logique que les Cours les plus jeunes regardent les décisions qu'a rendues cette Cour⁷⁰. On peut également citer l'affiliation intellectuelle : les juristes formés selon une tradition juridique particulière, ou issus d'une école de droit étrangère vont avoir tendance à se référer aux décisions des cours qu'ils ont étudiées⁷¹.

Après une telle analyse théorique, l'étude des références présentes dans les documents connexes permet de dégager les cas d'utilisation par le Conseil constitutionnel (ou du moins par les services juridique et de la documentation) de la jurisprudence constitutionnelle étrangère.

Le Conseil constitutionnel cite le plus souvent une jurisprudence constitutionnelle étrangère dans le but d'importer une nouvelle technique contentieuse, un nouvel argument d'inconstitutionnalité, un raisonnement juridique qui va modifier son contrôle de constitutionnalité. Ainsi dans les décisions suivantes le Conseil a eu recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère pour se prononcer sur un problème de technique contentieuse (problématique technique du contentieux) :

- Décision n° 96-383 DC, le Conseil a reconnu la valeur constitutionnelle de la garantie d'indépendance des représentants syndicaux (inspiration de la jurisprudence constitutionnelle allemande) ;
- Décisions n°s 2004-500 DC et 2005-512 DC, le Conseil a eu recours aux notions de qualité, de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité normative pour contrôler la constitutionnalité des lois en question (inspiration des jurisprudences constitutionnelles européennes convergentes) ;
- Décision n°s 2005-530 DC et 2007-555DC, le Conseil a utilisé la notion d'impôt à caractère confiscatore (inspiration de la jurisprudence constitutionnelle allemande) ;
- Décision n° 2012-289 QPC, le Conseil a appliqué le principe *non bis in idem* (regard sur la jurisprudence constitutionnelle américaine) ;
- Décision n° 2013-336 QPC, le Conseil a appliqué la technique de la modulation des effets dans le temps de sa décision (inspiration de la jurisprudence constitutionnelle italienne et américaine) ;
- Décision n° 2013-682 DC, le Conseil a appliqué le principe de sécurité juridique (regard sur la jurisprudence constitutionnelle allemande).

⁷⁰ D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 10 : « Par nature, il n'existe aucun mécanisme automatique qui couvre la recherche des précédents étrangers et fonde le dialogue des juges. [...] un certain nombre de caractéristiques méritent d'être soulignées. Il existe d'abord une incontestable primauté en faveur, soit des juridictions les plus anciennes, soit des juridictions de pays géographiquement et culturellement proches. C'est ainsi que nul ne sera étonné que dans les éléments ou statistiques disponibles sur l'utilisation des précédents, la Cour suprême américaine soit très présente. Elle bénéficie d'une antériorité absolue ; elle a développé une jurisprudence abondante ; elle est considérée comme libérale et ses nombreuses opinions individuelles permettent de mieux comprendre les raisonnements qu'elle a adoptés ».

⁷¹ *Ibid.*, p. 13.

Le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée peut également intervenir dans les cas de questions complexes, à la frontière entre le droit et d'autres disciplines (philosophie, économie, politique, etc.), il s'agit du problème des questions « de société ».

Ainsi, le Conseil constitutionnel a fait référence à la jurisprudence constitutionnelle étrangère dans les décisions suivantes :

- Décision n° 2012-297 QPC relative au financement étatique d'un culte et au principe de laïcité de l'État (regard sur la jurisprudence constitutionnelle américaine) ;
- Décision n° 2013-669 DC relative au mariage pour tous (regard sur les jurisprudences constitutionnelles européennes).

Les problèmes de technicité contentieuse et de questions de société se combinent souvent :

- Décision n° 2005-514 DC relative à la création d'un registre international français dans laquelle le Conseil a affirmé l'absence d'obligation, en France, de traiter différemment des situations différentes (contradiction avec la jurisprudence constitutionnelle allemande qui pose une obligation) ;
- Décision n° 2008-562 DC relative à la rétention de sûreté dans laquelle le Conseil a eu recours à la technique du triple contrôle de proportionnalité (inspiration de la jurisprudence constitutionnelle allemande) ;
- Décision n° 2008-564 DC relative aux organismes génétiquement modifiés dans laquelle le Conseil a appliqué la notion d'identité constitutionnelle de la France (inspiration de la jurisprudence constitutionnelle italienne) ;
- Décision n° 2010-39 QPC relative à l'adoption par les couples non mariés dans laquelle le Conseil a fait application de la théorie du droit vivant (inspiration de la jurisprudence constitutionnelle italienne) .

Enfin le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère peut également s'avérer utile lorsque le problème a une envergure internationale, voire régionale en ce qui concerne l'Union européenne :

- Décision n° 2004-505 DC relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe (référence à la jurisprudence constitutionnelle allemande) ;
- Décision n° 2005-37 REF relative à l'application du principe de primauté du droit de l'union (référence à la jurisprudence constitutionnelle allemande) ;
- Décision n° 2013-314 P relative au mandat d'arrêt européen (références aux jurisprudences constitutionnelles européennes).

Ces références à la jurisprudence constitutionnelle comparée sont conditionnées par la complexité de la décision que doit rendre le juge. L'argument comparé revêt alors une portée de plus en plus persuasive (et de moins en moins informelle) et constitue un réel apport pour la construction du raisonnement juridique du Conseil.

b/ L'apport de la référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée

Le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée est généralement attaché à une difficulté (technique, contextuelle, géographique) de la décision. L'utilisation d'un tel argument pour surmonter une difficulté montre bien la transformation de l'utilité du droit comparé pour le juge. Il ne s'agit pas simplement de s'informer de ce qui peut se faire ailleurs (cela renvoie à l'influence comparée), mais de se servir par le biais d'une citation de ce qui se fait ailleurs pour générer ou justifier le changement dans le système juridique importateur⁷².

Le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée peut alors prendre des formes multiples et variées, il peut s'agir d'un argument de confortation de la position que souhaite adopter le Conseil, ou d'un argument destiné à illustrer la position non isolée du Conseil. Cet argument peut encore être interprétatif : le Conseil va tirer les conséquences d'une décision étrangère et les traduire dans sa décision. Enfin, l'argument peut être un argument *a contrario* (comme dans la décision n° 2005-514 DC) qui a pour but d'illustrer les positions que ne veut pas prendre le Conseil : critique d'un raisonnement étranger pour mettre en valeur son propre raisonnement⁷³.

Le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère par les juges, indépendamment des pouvoirs politiques, permet au juge de ne plus dépendre de la seule norme nationale, produit d'un consensus politique. Cette forme du dialogue des juges, cette circulation, cette communicabilité des solutions permettent aux juges nationaux de participer à l'élaboration de jurisprudences souples à l'image de la *soft law*, capable d'adapter les rigueurs nationales à la mondialisation des problématiques juridiques. Les juges s'émancipent du pouvoir politique et deviennent des acteurs de mondialisation du droit⁷⁴.

Cette émancipation, ce regard au-delà des frontières sont une source d'enrichissement de la pensée juridique. Elles permettent d'éviter au juge de se borner à une pensée unique ignorante des évolutions du monde et de ses problématiques⁷⁵. Le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère permet de confronter le droit positif à son caractère arriéré, inadapté ou inapproprié par rapport à l'évolution des sociétés. Une société à cause de la libéralisation des

⁷² J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 125 : « *Le dialogue intervient dans les affaires délicates (hard cases), car il permet aux juges de faire évoluer l'interprétation du droit et des standards juridiques classiquement admis. Aussi, comme le souligne Guy Canivet, « la jurisprudence étrangère est bien invoquée ici à des fins de subversion du droit interne ».*

⁷³ T. GROPPi, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁴ S. ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, p. 141 : « *les juges sont, peut-être aujourd'hui les agents les plus actifs de sa mondialisation* ».

⁷⁵ H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, vol. 52 n° 3, juillet-septembre 2000, p. 506 : « *Le message subversif est donc fort, mais très simple : regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives – pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes. Ce n'est qu'au prix de cet enrichissement que l'on peut apprendre à comprendre l'autre, et, à terme, se comprendre soi-même* ».

échanges (économiques, culturels et politiques) et de l'évolution des technologies ne peut plus évoluer seule, ne serait-ce que parce que ses citoyens ne connaissent pas les frontières de son droit et peuvent se mouvoir hors de son système juridique. Le déplacement des individus a entraîné un déplacement des cultures et une interpénétration des systèmes juridiques si bien qu'une société ne peut plus se penser de manière autonome, mais uniquement par rapport au monde dans lequel elle évolue. Rien ne la contraint à se plier aux modes majoritaires de ce monde, mais elle ne pourra pas se développer sans une prise en compte même de manière *a contrario* des sociétés qui lui sont voisines. « *Il ne s'agit pas pour autant (...) de penser comme les autres, mais de se penser soi à partir des autres* »⁷⁶. Ce mouvement de libéralisation des échanges accompagné par les évolutions des technologies rend de plus en plus superflu l'argument d'une comparaison impossible en raison d'une culture et d'une histoire différente. Les États sont en effet en train de construire une véritable histoire commune, et il est par conséquent normal de voir le droit de plus en plus comparé.

Cette référence permet ainsi de nourrir l'évolution de son propre système juridique et de mieux en appréhender les tenants et les aboutissants⁷⁷.

Le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère est un argument de droit comparé et (avec le mouvement détaillé précédemment) tend à devenir un outil d'analyse introspective de son système juridique pour mieux le critiquer et en percevoir les imperfections. Le recours à la jurisprudence comparée est donc une analyse de ce qui se fait de mieux ailleurs et de ce qui se fait de moins bien chez soi. L'argument jurisprudentiel comparé participe d'une double logique qui a pour conséquence de le transformer en argument complet et pratiquement autosuffisant. Toute cette démarche du juge peut être qualifiée de dialogue des juges dans son ensemble, mais face à la décision qu'il doit rendre, le juge est relativement seul. Le dialogue n'est que le phénomène global. Lorsque le juge fait du droit comparé avant de rendre une décision il est seul à pratiquer cet exercice d'introspection et de remise en cause objective⁷⁸.

⁷⁶ J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », *op. cit.*, p. 88. V. également p. 89 : « *le dialogue des juges en tant que tel ne suppose pas que ceux-ci raisonnent de la même façon, ni qu'ils aboutissent toujours aux mêmes conclusions. Le dialogue, avec ses contraintes propres, n'engendre pas forcément une uniformité des décisions. (...) « le dialogue des juges ne consiste pas à généraliser un modèle juridique particulier, mais à ériger certaines décisions en exemples ».*

⁷⁷ H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 517-523 : « *Attribuer au droit comparé la fonction d'entretenir un feu contestataire face à la logique juridique abstraite du discours dominant n'est pas une pure fantaisie. [...]. L'une des avancées les plus importantes de la pensée comparative contemporaine consiste précisément en l'attention donnée à cette perception critique de sa propre réalité juridique informée par un regard sur l'autre* ».

⁷⁸ J. ALLARD, *op. cit.*, p. 86- 89 : « *L'auditoire universel (de Chaïm Perelman) permet au juge, par l'imagination, de considérer sa décision du point de vue des autres et ainsi de sélectionner, dans son raisonnement, les arguments adaptés à l'autorité persuasive dont il est en quête pour son jugement. (...) On peut dire que, d'une certaine façon, la mondialisation impose cet auditoire universel. (...) En évaluant son opinion et sa tradition juridique du point de vue des autres, le juge doit devenir juge de sa propre*

L'apport de la jurisprudence constitutionnelle, quand bien même elle n'interviendrait que pour des décisions particulièrement complexes, est aujourd'hui incontournable. Ses bénéfices pour l'évolution du droit, accentués au niveau constitutionnel, nous amènent à nous interroger sur les raisons qui justifient un recours aléatoire, imprécis et irrégulier à cet outil par le juge constitutionnel français. Quels sont les obstacles à la systématisation du recours à cette jurisprudence constitutionnelle étrangère, comparée ?

B.- Les obstacles à la systématisation du recours à l'argument de droit constitutionnel comparé

Le juge constitutionnel français n'assume la référence à une jurisprudence constitutionnelle étrangère qu'au niveau de documents connexes. Cette référence est relativement difficile à analyser par sa localisation et sa mise en valeur variable à chaque décision. Le Conseil constitutionnel fait donc une place à l'argument de droit comparé dans les documents qui expliquent sa jurisprudence, mais cette place est aléatoire, non systématique. Si l'on peut comprendre les motivations du juge de recourir à un tel argument de droit comparé, il apparaît plus complexe d'étudier les raisons qui justifient l'oubli ou l'absence de recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère. Cet oubli, ce recours non systématique, cette pratique non institutionnalisée s'expliquent par la faiblesse des moyens humains et matériels. Ces faiblesses placent le Conseil dans une situation inconfortable pour exercer de manière satisfaisante un dialogue des juges constitutionnels (1).

Le besoin d'une systématisation du recours à la jurisprudence constitutionnelle ne se fait pas ressentir en raison d'un palliatif jugé satisfaisant par le Conseil. Il s'agit pour le Conseil constitutionnel de mutualiser les sources de jurisprudences constitutionnelles comparées en passant par la médiation des Cours européennes (2).

1/ L'inconfort de la faiblesse des moyens humains et matériels

Le Conseil constitutionnel n'est pas en mesure de systématiser son regard sur la jurisprudence constitutionnelle étrangère par la faiblesse de ses moyens humains (a) et de ses moyens matériels (b).

a/ La faiblesse des moyens humains du Conseil constitutionnel

L'expression d'une faiblesse des moyens humains renvoie à un ensemble de facteurs, de traits caractéristiques du fonctionnement du Conseil constitutionnel qui rendent impossible une systématisation du recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère.

pensée, de sa propre tradition, ce qui atteste cette forme de distance et d'impartialité dont on sait qu'elles sont des conditions indispensables de la légitimité des systèmes judiciaires ».

Par systématisation il ne s'agit pas d'étendre le regard du Conseil sur ses voisins à tous les contentieux dont il est saisi, mais d'instaurer une pratique régulière, uniforme et mise en valeur pour les décisions jugées « difficiles » par leur technicité, leur contexte ou leur ampleur géographique comme on l'a expliqué précédemment.

Le Conseil constitutionnel occupe désormais les fonctions d'une véritable Cour constitutionnelle. Cependant il n'a pas les dimensions physiques correspondant à ses attributions juridiques. Par dimension physiques, il s'agit de souligner l'effectif réduit du personnel au Conseil, comme la modestie de ses dimensions architecturales.

Le Conseil constitutionnel n'a clairement pas les dimensions des Cours suprêmes des ordres administratifs et judiciaires. Alors que le Conseil d'État comprend plus de 300 juristes, le Conseil constitutionnel n'en comprend qu'une grosse vingtaine (en comptabilisant les membres des services juridique et de la documentation, les juniors, le Secrétaire général, et les membres du Conseil). Certes les attributions et la quantité de contentieux à traiter ne sont pas les mêmes, mais le Conseil constitutionnel doit désormais traiter des questions prioritaires de constitutionnalité. Ce personnel en faible nombre permet de faire fonctionner le Conseil. Il ne s'agit pas de critiquer la possibilité d'exercer ses attributions. Mais ce faible nombre ne permet pas de systématiser, dans l'exercice de ses fonctions actuelles, un recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée, si bien que le juge se prive de cet outil.

Le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée est donc hasardeuse et se trouve dicté par un dialogue du contradictoire ou la présence « providentielle » d'un stagiaire étranger⁷⁹.

Si la création de collaborateurs attachés à chaque membre peut apparaître comme un moyen de spécialiser un certain personnel dans la recherche de jurisprudence constitutionnelle comparée, elle peut aussi être critiquée et redoutée. En effet, le recrutement de ces collaborateurs serait susceptible d'attiser les divergences entre les membres et la concurrence entre ces collaborateurs nuirait à la qualité du travail de l'institution⁸⁰.

Afin de ne pas briser le « triangle magique »⁸¹ dans cette augmentation des moyens humains au sein du Conseil il ne faut pas recruter plus de membres au service juridique ou au sein des juniors, mais plutôt créer un personnel spécialisé

⁷⁹ J. E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 25, août 2009, p. 8 : « Celui accompagnant la décision du 28 avril 2005 relative au registre international français de la marine marchande comportait une décision du Tribunal constitutionnel de Karlsruhe particulièrement topique et traduite par un brillant stagiaire franco-allemand qui se trouvait providentiellement parmi nous à ce moment ».

⁸⁰ *Ibid.*, p. 3.

⁸¹ *Ibid.*, p. 2.

dans la recherche constitutionnelle comparée. Il faudrait créer à côté des services existants ou au sein du service de la documentation une cellule de droit comparé qui travaillerait à la fois sur les veilles juridiques, en l'absence de contentieux, et sur les questions complexes. La nécessité de créer une équipe à part entière pour ce sujet est soulignée par le défi linguistique que devra relever un tel personnel. Cet obstacle linguistique est probablement une des raisons de l'absence de systématisation du recours à l'argument jurisprudentiel comparé, mais surtout de son caractère incomplet. Le juge constitutionnel français ne regarde pas souvent de nombreuses décisions étrangères, dans leurs langues d'origine faute de personnel capable de les comprendre⁸².

Cette équipe pourrait ainsi être chargée de la traduction des solutions étrangères, mais également de celles du Conseil constitutionnel. De même elle pourrait compiler les travaux de législations comparées émanant des universitaires et des services parlementaires, gouvernementaux ou internationaux afin de mettre à disposition du Conseil les données permettant un regard complet et systématique sur le droit comparé. Ce serait alors un véritable bureau de droit comparé œuvrant à la fois pour la prise en considération systématique des précédents constitutionnels étrangers, mais également pour la circulation des propres décisions du Conseil constitutionnel, contribuant ainsi à l'inscrire dans le jeu mondial de la communicabilité des décisions, dans le dialogue des juges.

Enfin, une telle équipe permettrait de disposer d'un certain nombre de spécialistes de droit comparé, spécialiste dont ne dispose actuellement pas le Conseil.

À côté de ces faiblesses en termes de ressource humaine, il existe certaines faiblesses matérielles.

b/ La faiblesse des moyens matériels du Conseil constitutionnel

Au-delà de l'absence de personnel qualifié susceptible de permettre une systématisation du regard du juge constitutionnel français sur les décisions de ses homologues voisins, il existe un certain nombre de problèmes pratiques.

L'accessibilité à l'information de droit comparé n'est pas forcément aisée. Il peut apparaître opportun pour le Conseil constitutionnel, s'il veut régulariser sa pratique et avoir un regard complet sur la jurisprudence constitutionnelle

⁸² D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 11 : « Chacun s'accorde d'ailleurs à constater qu'il est évidemment impossible d'être certain de recueillir l'ensemble des précédents significatifs, ne serait-ce que pour des raisons d'accès documentaire ou de barrière linguistique ». V. également p. 13 : « Le lecteur doit néanmoins être attentif au fait que la traduction juridique se heurte à d'innombrables pièges et qu'une décision n'est aisément compréhensible que par référence, non seulement à la langue d'origine, mais surtout au contexte juridique national. De graves erreurs d'interprétation donc ultérieurement d'utilisation, pourraient découler du non-respect de ces précautions ».

étrangère, de s'abonner à des bases de données juridiques en ligne spécialisées dans le droit comparé, abonnements qui sont actuellement incomplets.

Le caractère incomplet des bases de données n'est pas le problème le plus important qui s'oppose à la systématisation de la référence comparée. La problématique la plus importante, la plus difficile à résoudre est celle des délais contentieux qui encadrent les recours *a priori* et *a posteriori* du Conseil⁸³.

Le Conseil constitutionnel ne dispose que d'un mois pour rendre une décision dans le cadre d'une saisine *a priori*. Ce délai est rallongé de 2 mois pour un contentieux *a posteriori*. Ces 2 mois sont en réalité le délai nécessaire pour permettre le dialogue contradictoire entre les parties à une question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi le Conseil constitutionnel ne dispose en pratique que d'un mois pour trancher une question prioritaire de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel a développé un système de travail par anticipation. Le service de la documentation, le service juridique et le Secrétaire général procèdent à une veille législative qui permet de sélectionner les lois qui vont très probablement faire l'objet d'une saisine pour nommer un pré rapporteur et commencer toute une série de recherches permettant de préparer le plus en amont possible l'instruction de la saisine lorsqu'elle sera officialisée. Cette veille constitutionnelle permet une certaine recherche jurisprudentielle comparée en amont de la saisine. En effet, le rapporteur disposant de quelques mois supplémentaires avant la saisine peut plus facilement porter un regard sur la jurisprudence voisine. Parfois la jurisprudence constitutionnelle étrangère peut même nourrir la veille juridique, le travail anticipé : le débat médiatique, politique ayant conduit une disposition étrangère à être déférée devant une cour constitutionnelle voisine va interpeller le Conseil sur la complexité particulière de cette disposition législative et les enjeux de sociétés qui se dissimulent derrière vont permettre de présumer sa future saisine. De plus, les arguments d'inconstitutionnalité soulevés dans une jurisprudence voisine permettent d'orienter les recherches préalables du Conseil constitutionnel. Il y a de fortes chances pour que les moyens soulevés par les parlementaires français soient les mêmes que ceux étudiés dans la jurisprudence comparée et cela en raison de la ressemblance des blocs de droits fondamentaux des différents pays européens, voire occidentaux. En revanche les moyens peuvent varier énormément dès lors qu'on se situe dans des questions de droit constitutionnel institutionnel, en dehors des droits fondamentaux.

Le juge constitutionnel français, par une pratique systématique de veille juridique, arrive à s'aménager quelques mois supplémentaires dans le cadre des

⁸³ K. PICARD, « L'éviction à rebours du droit étranger par les juges constitutionnels », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, op. cit., p. 40 : « La première des qualités dont doit faire preuve le juge constitutionnel qui choisit de manipuler le droit comparé est la prudence. Les contraintes de temps et de moyens peuvent brusquer et tromper ce travail de comparatisme ».

contrôles *a priori*, cet aménagement est de nature à favoriser l'existence d'une référence à l'argument de droit comparé. Le juge bénéficiant d'un délai plus raisonnable pour exercer son office il va pouvoir explorer toutes les pistes de réflexion.

Cette possibilité est en revanche beaucoup plus restreinte en contrôle *a posteriori*. La veille juridique est impossible puisque la saisine est imprévisible : la question se pose au cours de n'importe quel litige devant les juges de droit commun, voire même devant les juges des Cours Suprêmes. On pourrait imaginer une étude des jurisprudences de transmission et de rejet des Cours Suprêmes des deux ordres qui exercent le dernier filtre de cette question. Ainsi, il se dégagerait une certaine probabilité de la transmission de la question au Conseil. Le juge constitutionnel français arriverait alors à s'aménager quelques mois supplémentaires dans le contrôle *a posteriori*.

Ces différentes veilles sont de bonnes solutions pratiques, mais elles s'apparentent malheureusement à des solutions bancales, provisoires. Ce bricolage pratique, ces « boules de cristal » pour reprendre l'expression de Jean-Éric Schoettl ne doivent pas dicter le rythme de travail de nos juges constitutionnels. Ainsi se pose la question d'une révision des délais contentieux dans lesquels le Conseil doit exercer ses attributions. Les délais doivent être révisés de manière à permettre au juge constitutionnel d'exercer ses fonctions dans de meilleures conditions, susceptibles de favoriser une meilleure pratique comparatiste⁸⁴.

Cependant, ces délais ne devront pas non plus être trop rallongés afin de ne pas paralyser trop longtemps l'issue d'un litige au fond suspendu dans le cas d'une question prioritaire de constitutionnalité, ou la promulgation de la loi dans le cadre d'un contrôle *a priori*. Il y a donc une réelle réflexion à mener sur le sujet afin de trouver un juste milieu satisfaisant.

Ces faiblesses humaines et matérielles vont cependant être palliées par le Conseil à travers une pratique de rationalisation du dialogue. Cette pratique consiste à réduire le nombre d'interlocuteurs intervenant dans ce dialogue. Le Conseil constitutionnel préfère donc passer par la médiation des Cours européennes que par une étude directe des jurisprudences constitutionnelles étrangères.

2/ Le confort de la médiation des Cours européennes

Le Conseil constitutionnel a systématisé son regard sur la jurisprudence européenne issue de la Cour de Strasbourg ou du Luxembourg. Cette

⁸⁴ B. FRYDMAN, « Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », *op. cit.*, p. 157-158 : « les juges n'ont pas nécessairement la formation, les moyens ni le temps suffisants pour les mener de manière satisfaisante et qu'ils sont en réalité souvent tributaires des informations que leur livrent les parties la cause ou les amici curiae ».

systématisation du recours au droit comparé par la médiation des analyses européennes permet au Conseil de réduire son dialogue avec les juges aux seuls juges européens. Ces interlocuteurs sont privilégiés par le Conseil (a) en raison du système juridique particulier dans lequel ils s'insèrent (b).

a/ Un dialogue restreint à des interlocuteurs privilégiés

La faiblesse des moyens humains et matériels amène le Conseil à se référer à la jurisprudence constitutionnelle étrangère de manière indirecte. Ainsi, la connaissance d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère est généralement indirecte. Le Conseil ne va pas lire la décision originelle de son homologue étranger, il se réfère plutôt aux travaux de la doctrine comparatiste, ou des rapports de législations comparées menées par les assemblées parlementaires ou certaines études de l'administration, etc.

Ce raccourci est nécessaire étant donné l'absence de bureau de droit comparé et la durée très courte dans laquelle le Conseil doit rendre ses décisions.

Le Conseil a cependant mis au point un raccourci plus systématique lui permettant de ne pas être une juridiction isolée : il observe de manière récurrente voir automatique la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁸⁵ et de manière plus limitée la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union. Il est ainsi beaucoup plus fréquent de trouver des références à la jurisprudence de ces juges européens dans les documents connexes aux décisions du Conseil.

Les Cours européennes sont les juges d'un ordre juridique international beaucoup plus intégré que les organisations internationales étatiques traditionnelles. Ces cours ont pour objectif de promouvoir des valeurs communes, de faire respecter des droits fondamentaux de manière uniforme sur l'ensemble du territoire géographique des États qui les composent. L'argument de droit comparé constitue alors une véritable technique d'interprétation jurisprudentielle⁸⁶. Ces

⁸⁵ P. TAVERNIER, « Le Conseil constitutionnel français et la Convention européenne des droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, n° 7, janvier 2008 -décembre 2009, p. 3 : « L'ancien président du Conseil constitutionnel part du constat [...] qui soulignait que la Convention européenne des droits de l'homme irriguait la jurisprudence relative aux droits fondamentaux et notamment celle du Conseil constitutionnel français ».

⁸⁶ A. LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle : le recours au droit comparé par le juge », *op. cit.*, p. 24 : « Pour la Cour de justice de l'Union européenne, le droit comparé est utilisé directement comme une méthode d'interprétation » (voir la note de bas de page 14). [...] « En effet, la position de la Cour de justice des Communautés européennes quant à l'utilisation du droit comparé a été bien résumée par le Président Mertens de Wilmars pour qui "le recours au droit comparé est, pour la Cour de justice, essentiellement une méthode d'interprétation du droit communautaire", le Tribunal et la Cour de justice constituant un véritable « laboratoire de droit comparé (voir la note de bas de page 16). (...) Pour leur part, les membres de la Cour européenne des droits de l'homme cherchent à identifier l'existence, si ce n'est d'un consensus, au moins d'une convergence ou d'une communauté de vue entre les systèmes juridiques des États membres du Conseil de l'Europe ».

juges supra nationaux sont typiquement des juges comparatistes qui doivent concilier les nombreuses cultures qui font partie de leur organisation internationale. Ainsi, le droit comparé, la référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée apparaissent comme une nécessité pour la légitimité, la cohérence et le bon fonctionnement de l'organisation. Thierry Di Manno appelle ces juges, les comparatistes de raison⁸⁷. Cela renvoie à l'idée d'une automaticité nécessaire, vitale pour l'organisation internationale de la référence à l'argument de droit comparé.

Ce regard systématisé du Conseil sur la jurisprudence des juges européens permet de réduire l'envergure mondiale du dialogue des juges, du droit comparé à une envergure plus régionale.

Les juges européens étant pratiquement contraints de recourir à la comparaison des législations et des jurisprudences, la motivation très complète et détaillée de leurs décisions laisse apparaître l'ensemble de l'étude de droit comparé. Afin de permettre le respect et la bonne application de leurs jurisprudences par les États membres, ces juges traduisent régulièrement leurs décisions dans un maximum de langue. La jurisprudence de ces Cours constitue alors de véritables sources d'études jurisprudentielles comparées ou de législation comparée. Le Conseil constitutionnel a ainsi connaissance de la jurisprudence des États participants à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et à l'Union européenne par l'intermédiaire de la jurisprudence de ces dernières.

Les Cours européennes ont de plus en plus tendance à participer au dialogue des juges et ainsi intégrer les jurisprudences comparées des États qui ne font pas partie de leur système juridique⁸⁸. Le regard systématique des jurisprudences des États composant ces organisations européennes tend à devenir de plus en plus complet tant ces cours s'ouvrent de plus en plus au dialogue des juges à l'échelle mondiale. Le raccourci utilisé par le Conseil constitutionnel qui consiste à jeter un œil aux exposés de jurisprudence comparée au travers des Cours européennes permet donc d'avoir une vision complète et systématique des jurisprudences voisines à l'échelle régionale (en ce qui concerne l'Union et le Conseil de l'Europe) et devient de plus en plus agrémenté de jurisprudences extérieures à l'union comme celles de la Cour suprême américaine.

⁸⁷ T. DI MANNO, « Les figures du juge comparatiste », *op. cit.*, p. 10 : « *Le droit comparé est la bonne méthode pour trouver le consensus au sein de ces juridictions supranationales, dans l'élaboration d'une politique jurisprudentielle commune* ».

⁸⁸ A. LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle : le recours au droit comparé par le juge », *op. cit.*, p. 25-26 : « *Il convient également de souligner qu'indépendamment de la prise en compte des jurisprudences des cours supérieures des États membres, la Cour européenne fait preuve d'une attention croissante portée à la jurisprudence des Cours suprêmes d'États tiers. Dans cette perspective, la principale source d'inspiration externe est la Cour suprême des États-Unis. En plus de la jurisprudence de cette dernière, la Cour européenne s'est également référée à la jurisprudence des cours d'Afrique du Sud, d'Australie, d'Israël, de Nouvelle-Zélande et du Canada* ».

Ce raccourci permet au Conseil de se reposer sur les Services de droit comparé de Cours ayant les capacités matérielles et humaines d'opérer un regard comparatiste complet. La mutualisation des interlocuteurs et la réalisation préalable de la comparaison par d'autres services que ceux du Conseil permettent un gain de temps précieux qui rend l'utilisation de ces informations possible, efficace et donc plus systématique.

Cette restriction d'interlocuteur dans le dialogue des juges n'est pas le fruit du hasard. Il n'y a pas eu une sélection aléatoire des juges avec lesquels le Conseil va privilégier une étude de jurisprudence comparée. Ces interlocuteurs privilégiés sont les juges européens précisément en raison des mécanismes européens (de l'union ou de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme) qui sont propices à ce type de mutualisation, de dialogue indirect des juges.

b/ Un système juridique particulièrement propice au dialogue des juges

Le Conseil constitutionnel a choisi le « *raccourci européen* » pour la comparaison systématique des jurisprudences comparées. Les seuls cas où le Conseil constitutionnel n'y recourt pas c'est lorsque les juges européens sont en cause à travers des décisions sur le mécanisme européen, ou lorsque le Conseil constitutionnel importe ou s'inspire d'une nouvelle technique contentieuse.

Ce « *raccourci* » n'est pas uniquement issu d'un choix du juge constitutionnel. Il s'agit également d'une obligation qui découle de l'intégration des ordres juridiques nationaux et des ordres juridiques européens et plus spécifiquement de l'Union européenne⁸⁹.

En effet la particularité de ce dialogue des juges « restreint » est qu'il intervient au sein d'un même système juridique. Par l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et l'adhésion des États à l'Union et à cette convention on obtient un système juridique en cascade, de plusieurs niveaux. Ce caractère spécifique aux mécanismes européens impose au Conseil constitutionnel de faire du droit comparé⁹⁰.

⁸⁹ D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 10 : « Pour les pays membres de l'Union européenne, la légitimité de la recherche des précédents n'est même plus une question discutable. Elle s'impose à eux en raison de l'intégration de l'ordre juridique communautaire et des ordres juridiques nationaux ».

⁹⁰ F. JACQUELOT, « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *LPA*, 16 janvier 2007, n° 12, p. 6 : « Une autre forme d'officialisation du comparatisme du juge constitutionnel peut être trouvée dans l'adhésion des États à l'Union européenne et à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, l'applicabilité directe de ces droits fait qu'ils sont presque devenus incontournables pour le juge constitutionnel. C'est d'ailleurs dans cette optique que Olivier Dutheil de Lamoignon parle à ce propos de "comparatisme imposé" que l'on peut donc analyser également comme un comparatisme institutionnalisé. [...] Cette analyse se vérifie dans les faits puisque la majeure partie du comparatisme des cours constitutionnelles européennes touche au droit de la Convention européenne des droits de l'homme et au droit communautaire. Ainsi, le juge constitutionnel français utilise fréquemment la jurisprudence européenne des droits de l'homme dans l'interprétation des droits

Quand bien même les questions de souveraineté et de hiérarchie des normes font l'objet de nombreux débats doctrinaux, le simple fait qu'en pratique l'État français puisse être condamné par les juges européens établit une certaine subordination.

Ainsi, une jurisprudence du Conseil constitutionnel qui aurait pour effet une violation d'un des systèmes européens aurait pour conséquence une sanction pécuniaire de l'État français. Par conséquent, il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice que le Conseil constitutionnel utilise ce regard sur la jurisprudence des Cours européennes, pas seulement pour obtenir un raccourci vers des études de jurisprudences constitutionnelles comparées, mais pour rendre des décisions qui ne soient pas contradictoires et permettre une harmonie dans ce même système juridique. Au-delà de l'objectif de bonne administration de la justice, il s'agit au travers de ce dialogue des juges vertical de faire une bonne application du principe *Pacta sunt servanda*⁹¹.

Cette particularité du système juridique dans lequel évoluent les juges constitutionnels nationaux et européens renforce également un sentiment d'appartenance à une histoire commune, à un projet commun, qui fait apparaître ce dialogue systématique avec les juges européens comme tout à fait normal. La seconde particularité du système juridique dans lequel ces juges européens et constitutionnels s'inscrivent tient à l'identité des droits fondamentaux protégés. Tous ces juges protègent des catalogues de droits fondamentaux très similaires, mais à des niveaux différents. Cette identité des droits protégés et ce dialogue restreint et systématique permettent une certaine convergence des jurisprudences européennes et nationales. Cela s'illustre notamment en matière de qualité et de précision normative, de degré d'intensité du contrôle de l'erreur manifeste, de portée des principes d'égalité, de non-discrimination, de pluralisme en matière de liberté d'expression, en matière d'extension des garanties de la procédure pénale à certaines sanctions administratives ou fiscales, d'exigence en matière de procès équitable, etc.⁹².

fondamentaux ».

⁹¹ D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 10 : « Pour prendre l'exemple le plus achevé, qui est celui des pays signataires de la Convention européenne des droits de l'homme, la légitimité d'une prise en compte, voire d'une anticipation de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg par les cours nationales, résulte tout simplement de la bonne application de la règle *Pacta sunt servanda* à laquelle il convient d'ajouter le risque, en cas de forte divergence de jurisprudence, d'être censuré par la Cour européenne ».

⁹² F. JACQUELOT, « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *op. cit.*, p. 6. V. également P. TAVERNIER, *op. cit.*, p. 4-5 : « Certes Robert Badinter reconnaît qu'il s'agit "d'un choix de politique jurisprudentielle", mais cette parenté des techniques d'interprétation et de contrôle des juges européens et français traduit en réalité le « même attachement à des valeurs communes. Il y a donc convergence des jurisprudences plutôt qu'influence de la Cour de Strasbourg. (...) La conclusion de Robert Badinter est résolument optimiste : « Au total, entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et le droit de la Convention européenne conçu comme "standard minimum", il n'y a pas de contradiction, mais au contraire inspiration commune ».

Afin de ne pas trop s'éloigner du sujet, on se contentera d'affirmer l'influence croissante de la jurisprudence de la Cour de l'Union sur le Conseil constitutionnel si bien que le Conseil constitutionnel a plus de facilités à admettre la citation de décisions émanant de ces Cours que de décisions constitutionnelles étrangères (voir les exemples des décisions n° 2004-497 DC, 2004-498 DC et 2005-531 DC données par Fanny Jacquilot), qui illustrent, avec l'influence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme, l'utilité croissante du droit comparé qui se transforme en véritable clé d'interprétation⁹³, outil supplémentaire du juge constitutionnel.

En dépit de ce « raccourci » dans l'utilisation de l'argument de droit comparé, l'apport de solutions aux obstacles à la systématisation, étudiés précédemment, permettrait d'envisager une systématisation du dialogue direct des juges constitutionnels.

Quels sont les éléments qui permettent d'envisager une telle systématisation ? Et quels seraient les apports d'un tel dialogue direct des juges constitutionnels par rapport à celui existant ?

II.- La systématisation envisageable du dialogue des juges constitutionnels

Le regard hasardeux du Conseil constitutionnel sur la jurisprudence constitutionnelle étrangère résulte de la combinaison d'une multitude de facteurs : la tradition française de motivation des décisions de justice, la faiblesse des moyens humains et matériels du Conseil et l'existence d'un palliatif à la non-systématisation du recours aux précédents étrangers.

Le recours indirect de droit comparé, le « raccourci » emprunté par le Conseil constitutionnel ne concernent de manière générale que les droits fondamentaux, laissant pour compte les problématiques d'ordre institutionnel. De plus, le recours à l'argument de droit comparé par la médiation d'interlocuteurs privilégiés européens dont la fonction et le but premier ne sont pas de recenser les jurisprudences constitutionnelles comparées risque de dénaturer une partie de la portée originelle de ces jurisprudences constitutionnelles.

Le dialogue des juges constitutionnels est censé devenir pour le Conseil constitutionnel un argument de subversion du droit positif, et un instrument

⁹³ F. JACQUELOT, « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *op. cit.*, p. 6 : « Ainsi, la multiplication des invitations constitutionnelles à se référer au droit comparé combinée à l'influence croissante du droit supranational constituent probablement le canal par lequel le juge constitutionnel ne fera plus du "droit comparé décoratif", mais utilisera ce dernier comme une clé d'interprétation supplémentaire. Si la voie est tracée, il revient désormais au juge constitutionnel de cultiver son jardin ».

d'introspection susceptible de générer une évolution objective et continue d'un système juridique. Ce nouvel outil, plus qu'une clé d'accès au monde de la circulation et de la communicabilité des solutions juridiques, constitue un guide pour le juge vers l'émancipation du pouvoir politique.

Cependant, l'utilisation d'un « *raccourci* » comparatiste et l'absence de systématisation d'un dialogue horizontal, direct viennent réduire tous les bénéfices apportés par ce nouvel outil. Il reclotonne le juge constitutionnel français dans un système juridique unique (le système européen) et l'empêche de se construire par soi-même, de manière indépendante. Le Conseil constitutionnel comme un certain nombre d'autres cours constitutionnelles ont tendance à ne s'envisager qu'à travers ce prisme européen.

Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas supprimé toute référence à l'argument jurisprudentiel comparé (direct), il ne fait que lui consacrer une place aléatoire. L'existence d'instruments de dialogue des juridictions constitutionnelles entre elles (sans l'intermédiaire européen) permet d'envisager une systématisation du recours à l'argument de jurisprudence constitutionnelle comparée (A). Les conséquences d'une telle systématisation auraient pour effet d'améliorer la qualité du travail et des décisions du Conseil. Au-delà du Conseil, cette systématisation pourrait également avoir des conséquences pour l'ensemble des juridictions constitutionnelles concernées (B).

A.- L'existence d'instruments de dialogue des juridictions constitutionnelles

Le dialogue des juges et la citation de précédents étrangers sont facilités par la mondialisation des problèmes juridiques et deviennent à leurs tours les moteurs⁹⁴ d'une mondialisation plus intense par leur systématisation. Cette systématisation ne se traduit pas uniquement au travers de la citation régulière de précédents étrangers, elle se traduit par la concrétisation d'un dialogue physique, individuel des juges (1) et une institutionnalisation de la pratique comparatiste (2).

1/ Le dialogue individuel des membres des Juridictions constitutionnelles

La pratique de la citation d'un précédent étranger peut se passer de toutes discussions réelles entre les juridictions constitutionnelles notamment lorsque cette référence comparée se fait par un intermédiaire (européen, doctrinal, parlementaire, etc.). Quand bien même le juge constitutionnel irait chercher à la source la jurisprudence originelle d'une Cour, il ne le fait pas avec l'approbation de cette dernière. C'est ainsi qu'Alexis le Quinio et Thierry Di Manno ont été amenés à requalifier la notion de « dialogue des juges » en phénomène de circulation ou de communicabilité des solutions. Il n'y a donc pas dialogue des

⁹⁴ J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », *op. cit.*, p. 78.

juges, mais un regard unilatéral intercroisé et non nécessairement réciproque sur les jurisprudences de chacun.

La montée en puissance des juges, notamment constitutionnels, et le nouvel outil que constitue l'argument de droit comparé pour les juges ont amené ces derniers à tenter de concrétiser ce « dialogue des juges »⁹⁵. Les juges ayant pris conscience de l'importance de ce regard inter croisé, tentent de l'institutionnaliser et de le personnifier en développant un réel dialogue individuel avec les membres des autres Cours Constitutionnelles. Ce développement des relations avec ses homologues étrangers s'illustre pour le Conseil constitutionnel au travers d'un investissement dans l'échange intellectuel avec les autres Cours, juridictions constitutionnelles (a), échange qui s'ouvre également aux universitaires (b).

a/ Le développement d'un réseau relationnel : l'échange intellectuel avec les autres juridictions

Si la citation de jurisprudence constitutionnelle étrangère est relativement aléatoire et difficile à retrouver dans les documents connexes aux décisions du Conseil constitutionnel, ses relations extérieures sont beaucoup plus transparentes et systématisées. Cette transparence s'illustre par l'existence d'une section à part entière sur le site du Conseil constitutionnel consacrée aux relations extérieures. Il est alors mis à disposition du public l'ensemble des événements d'actualité en ce qui concerne l'activité du Conseil constitutionnel. Mais surtout, il est possible de consulter les agendas du Conseil constitutionnel de chaque année depuis 1998. Ces agendas détaillent l'ensemble des relations extérieures du Conseil avec le monde universitaire, les pouvoirs publics, mais surtout avec des personnalités étrangères et notamment des homologues étrangers.

On peut ainsi constater que le Conseil constitutionnel reçoit régulièrement le président ou une délégation de membres de Cours constitutionnelles ou suprêmes. Le Conseil est également invité par de nombreuses Cours constitutionnelles ou suprêmes étrangères.

Afin d'illustrer la continuité de ces relations bilatérales, il convient d'analyser plus récemment (au-delà de l'exemple de 2001 pris en première partie) que le Conseil constitutionnel entretient toujours de nombreuses relations avec ses

⁹⁵ J. ALLARD et A. VAN WAËYENBERGE, *op. cit.*, p. 110 : « Parallèlement à leur montée en puissance, les juges entretiennent des relations de plus en plus étroites entre eux, et cela par-delà les frontières. Ces relations peuvent « prendre des formes très diverses : citations de jugements étrangers dans des décisions de portée nationale, échange d'arguments, formations communes, dialogues entre juridictions, création d'associations transnationales, de clubs ou de syndicats des juges, capitalisations informelles de jurisprudences, etc. ». V. également S. ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, p. 142 : « certains juges du moins, rejetant résolument l'autarcie, entretiennent désormais entre eux, par-delà les frontières, des relations de plus en plus soutenues et confiantes. Ces relations prennent des formes diverses : formations communes, dialogue entre les juridictions, création d'associations transnationales, de clubs ou de syndicats de juges ».

homologues. On peut notamment relever que le Conseil constitutionnel a reçu (de 2013 à début 2014)⁹⁶ :

- un membre de la Cour suprême d'Estonie pour un stage de deux jours au Conseil constitutionnel ;
- un juge de droit administratif à la Cour suprême de la République de Hongrie ;
- le Vice-président de la Cour constitutionnelle de la République du Tadjikistan ;
- une délégation de la Cour populaire suprême du Vietnam menée par son Président ;
- une délégation de l'Assemblée nationale constituante tunisienne, chargée de rédiger un projet de texte constitutionnel portant sur les futures composantes et attributions de la Justice en Tunisie ;
- une délégation de la Cour constitutionnelle italienne. Cette rencontre bilatérale fait suite à celle effectuée par le Conseil constitutionnel français à la Cour constitutionnelle italienne à Rome en 2008 ;
- une délégation de juges du Conseil constitutionnel et des personnels judiciaires de Thaïlande ;
- un juge de la Cour suprême de justice de la République démocratique du Congo ;
- une délégation brésilienne d'une cinquantaine de magistrats ;
- une délégation du Yuan judiciaire taïwanais ;
- des correspondants nationaux de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du Français – ACCPUF –, une soixantaine de représentants de trente pays membres de l'association ont participé aux débats autour du thème « L'informatisation et la dématérialisation des procédures au sein des Cours constitutionnelles » ;
- le Président du Conseil constitutionnel du Burkina Faso ;
- un représentant du Conseil d'État de Belgique, un représentant du Conseil d'État d'Italie et un représentant du Tribunal administratif suprême du Portugal ;
- un Conseiller à la Cour de cassation italienne ;
- le Président du Tribunal fédéral suprême du Brésil

Quant aux déplacements du Conseil constitutionnel, certains de ses membres et de ses collaborateurs ont notamment :

- participé à la réunion annuelle du bureau de l'ACCPUF à Rabat au Maroc ;
- participé aux tables rondes organisées par l'ONG Mizan, à Amman en Jordanie, sur « Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la protection des droits de l'homme » ;

⁹⁶ Les exemples cités sont directement tirés des Agendas de 2013 et 2014 disponibles sur le site du Conseil constitutionnel [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/relations-exterieures/relations-exterieures.25695.html>].

- participé à la 94^e réunion plénière de la Commission de Venise en Italie ;
- participé à des séances de travail avec les Cours suprêmes du Canada et du Québec sur « la liberté religieuse et la laïcité », « les libertés constitutionnelles dans le droit pénal », « l'égalité des personnes de même sexe en droit de la famille » ;
- participé à la 96^e réunion plénière de la Commission de Venise ;
- donné une conférence sur « Le Conseil constitutionnel français et la question prioritaire de constitutionnalité » à la Cour constitutionnelle jordanienne ;
- participé à un Bureau extraordinaire de l'ACCPUF, à Monaco ;
- participé à un entretien avec le Président de la Cour constitutionnelle turque ;
- rencontré le président de la Cour constitutionnelle belge ;
- participé au XVI^e Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes ;
- participé à une séance de travail avec le Président de la Cour constitutionnelle d'Israël sur les enjeux des « nouvelles familles », sur l'impartialité du juge et sur l'« Administrative adjudication » (pouvoir de juger l'administration).

Il convient de parler de systématisation de ces relations bilatérales dès lors que certaines rencontres deviennent régulières et réciproques. Ainsi en est-il par exemple des relations entre le Conseil et la Cour constitutionnelle d'Israël, ou encore entre le Conseil et la Cour constitutionnelle italienne.

Ces rencontres prennent de plus en plus fréquemment la forme de séances de travail sur des questions complexes à propos desquelles les juridictions constitutionnelles ont dû ou seront amenées à se prononcer. Ces séances de travail deviennent de réelles sources d'influence de la jurisprudence constitutionnelle comparée, car elles constituent pour les juges « *des lieux de conversation plus discrets, qu'ils se sont réservés, et où ils peuvent échanger leurs avis et leurs questions, non seulement sur des points de technique juridique, mais également sur des sujets d'intérêt général, voire à propos de préoccupations ou de centres d'intérêt plus personnels* »⁹⁷.

On peut ainsi relever l'influence de telles relations bilatérales sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel en ce qui concerne par exemple l'exportation de la théorie italienne du droit vivant après des rencontres avec des membres de la Cour constitutionnelle italienne, ou encore la décision sur le Mariage pour tous après les réunions de travail avec la Cour Suprême du Québec et celle du Canada.

⁹⁷ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 148-149.

L'exemple de la traduction par un stagiaire allemand de décisions allemandes pour le Conseil constitutionnel témoigne également de l'importance de ces échanges intellectuels⁹⁸.

Le Conseil constitutionnel construit des relations professionnelles avec l'ensemble de ses homologues, ce qui contribue à concrétiser un dialogue des juges. On peut espérer que ces échanges humains réguliers finissent par systématiser la pratique du recours à une jurisprudence constitutionnelle étrangère.

La création et l'entretien de ces bonnes relations contribuent à créer un véritable réseau des juges constitutionnels, et au-delà de ces rencontres officielles on peut tout à fait imaginer que ces juges aient des correspondances privées relatives à leurs attributions. L'aboutissement des outils informatiques et de télécommunications permet d'abroger les frontières et de multiplier les contacts en réduisant à néant l'obstacle que constituaient auparavant les distances géographiques⁹⁹.

Avec ces relations bilatérales, le regard du Conseil constitutionnel tend à passer d'un regard hasardeux à un regard collaboratif. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel a tendance à citer les décisions des Cours avec lesquelles il a déjà travaillé. Il y a donc un impact direct sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel de ce dialogue interpersonnel des juges¹⁰⁰.

Cet impact trouve d'ailleurs un retentissement d'autant plus important que ces relations bilatérales tendent à inclure de plus en plus les universitaires.

b/ La collaboration assumée des juges constitutionnels avec le monde universitaire : l'échange intellectuel avec la doctrine

Les juges constitutionnels français et étrangers participent de plus en plus à des événements communs. L'organisation de colloques, de conférences et de journées d'étude autour des thèmes de droit comparé, de dialogue des juges, prend une ampleur beaucoup plus intéressante dès lors que les juges participent à ces événements. L'association du monde universitaire et de celui des praticiens, des juges dans l'organisation de ces événements permet une compréhension plus complète des phénomènes jurisprudentiels par la doctrine. Inversement, les juges

⁹⁸ J. E. SCHOETTL, *op. cit.*, p. 8 : « Celui accompagnant la décision du 28 avril 2005 relative au registre international français de la marine marchande comportait une décision du Tribunal constitutionnel de Karlsruhe particulièrement topique et traduite par un brillant stagiaire franco-allemand qui se trouvait providentiellement parmi nous à ce moment ».

⁹⁹ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 148-149 : « Les magistrats ne sont pas différents des autres êtres humains et des autres professions : ils profitent des technologies modernes pour intensifier le réseau de leurs échanges et de leurs relations ».

¹⁰⁰ *Ibid* : « (...) citations par les juges de décisions étrangères, mais cette forme de dialogue, d'ailleurs imparfaite, que l'on pourrait qualifier de dialogue entre les décisions de justice occupe une position en quelque sorte médiane entre le dialogue interpersonnel des juges eux-mêmes et le dialogue institutionnel entre les juridictions ».

profitent des théorisations et de cette logique de systématisation propre à la doctrine. Ces échanges permettent donc une compréhension mutuelle des universitaires et des juges.

Par exemple l'organisation d'une conférence au Conseil à l'occasion du 55^{ème} anniversaire de la Constitution, sur le thème : « Le Conseil constitutionnel : Quelle place ? Quelle perception ? Quel contrôle ? Quelle perspective ? » avec la participation de Nicole Belloubet, Denys de Béchillon, et propos introductif de Jean-Louis Debré.

De même, l'organisation d'un colloque au Conseil sur le thème « La QPC, quel renouveau pour le droit constitutionnel ? » la participation de Joaquim Bo, Président du Tribunal fédéral suprême du Brésil et de Nicole Belloubet, propos introductif de Jean Louis Debré. Il a été évoqué dans ce colloque le rapport des juges constitutionnels brésiliens à la notion de transparence. Cette notion est poussée à son paroxysme dans cet État puisque les juges sont filmés lors du délibéré et chacune de leurs discussions peut être connue du citoyen brésilien. Une telle vision vient nécessairement interroger la conception française du secret du délibéré.

*« Autre lieu d'effervescence constitutionnelle : les rencontres annuelles d'Aix-en-Provence qui réunissent chaque année, patronnées par l'amitié rayonnante de feu le Doyen Louis Favoreu, des échanges dont le résultat est publié dans l'Annuaire de justice constitutionnelle »*¹⁰¹, échanges entre universitaire et juges constitutionnels. L'annuaire de justice constitutionnelle est un organe « universitaire » de comparaison de la jurisprudence constitutionnelle.

Ces événements permettent d'avoir un regard sur le droit comparé et la jurisprudence constitutionnelle comparée en dehors de tout contentieux.

Ainsi, l'influence du droit comparé tend à se généraliser en dehors des attributions contentieuses du Conseil. L'influence de la jurisprudence constitutionnelle comparée peut intervenir en dehors de toute saisine du Conseil constitutionnel. Cet intérêt, cette participation des juges constitutionnels à ce type d'événements témoignent d'un besoin pour ces juges de « cultiver leur jardin »¹⁰² pour reprendre l'expression de Fanny Jacquolot et de s'associer à la doctrine pour avoir une meilleure maîtrise de ce nouvel outil qu'est le droit comparé.

Un autre moyen pour le Conseil constitutionnel de travailler avec la doctrine et les autres juges constitutionnels c'est la publication des Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel. Cette revue juridique produite par le Conseil contient à chaque numéro l'analyse d'une Cour constitutionnelle étrangère et généralement un article issu d'un entretien avec une personnalité de cette Cour. Ces cahiers font

¹⁰¹ P. MARTENS, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles », *op. cit.*, p. 11.

¹⁰² F. JACQUELOT, « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *op. cit.*, p. 6.

également une place aux auteurs de doctrine qui sont conviés à produire des articles dans cette revue en fonction des thèmes de chaque numéro.

Cette revue juridique n'est pas une source de revenus pour le Conseil, elle n'a certainement pas un but lucratif. Il s'agit plutôt d'un outil de collaboration avec la doctrine et les homologues étrangers du Conseil. C'est enfin un outil de communication puisque l'ensemble des anciens numéros est mis en ligne sur le site du Conseil, à la disposition du public.

Cet outil permet donc au Conseil constitutionnel de prendre connaissance d'un certain nombre d'informations par le biais des études des Cours et des articles doctrinaux, mais également de faire connaître le Conseil au travers des commentaires qui sont faits sur sa propre jurisprudence.

Au-delà de ces événements, les juges constitutionnels français peuvent également entretenir des relations plus individuelles avec certains universitaires, certains auteurs doctrinaux. Des déjeuners et des réunions contribuent ainsi à entretenir de bonne relation avec ces « amis de la cour ».

Cette systématisation des relations bilatérales s'accompagne d'une institutionnalisation du dialogue des Juridictions constitutionnelles.

2/ Le dialogue institutionnel des juridictions constitutionnelles

Les échanges individuels des juges s'accompagnent et sont favorisés par une institutionnalisation parallèle du dialogue entre Cours constitutionnelles¹⁰³. Le système juridique européen a permis l'institutionnalisation d'un dialogue des juges judiciaires. On a vu apparaître un Réseau judiciaire européen, Eurojust, le réseau des présidents de cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, les réseaux d'écoles de formation de magistrats, les réseaux associatifs en matière commerciale, environnementale, concurrentielle, etc. Ce réseau de juges civils ou pénaux a permis de développer une communauté de juges et une culture juridique commune¹⁰⁴. Ce réseau de juges existe également en matière constitutionnelle et la proximité des droits fondamentaux que protègent les Cours constitutionnelles européennes garantit une communauté de valeur.

Ainsi, à l'image des réseaux de juges judiciaires, on assiste à l'institutionnalisation d'un dialogue des cours constitutionnelles européennes. Les organisations qui institutionnalisent ce dialogue prennent le plus souvent des formes associatives. Cette institutionnalisation existe au niveau international (b), mais a trouvé un développement beaucoup plus intense au sein de l'Union européenne et plus largement au sein du Conseil de l'Europe (a).

¹⁰³ E. DUBOUT et S. TOUZE, *op. cit.*, p. 17 : « Cette communication transjuridictionnelle tend désormais elle-même à s'institutionnaliser ».

¹⁰⁴ G. CANIVET, « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations », *LPA*, 5 octobre 2004 n° 199, p. 1-7.

a/ Les instruments européens

Le dialogue des juges prend une envergure plus officielle au travers de la création d'institutions dédiées à un tel dialogue. Au sein du système européen s'est créée en 1972 la Conférence des Cours constitutionnelles européennes qui comprend actuellement 40 Cours qui ont parmi leurs attributions le contrôle de la constitutionnalité de la loi. Le Conseil constitutionnel y a adhéré en 1987. Cette conférence à plusieurs missions, elle institutionnalise les rencontres entre juges constitutionnels en organisant des congrès à intervalles réguliers (tous les 3 ans), elle encourage « *l'information réciproque des Cours membres, notamment en ce qui concerne leurs méthodes de travail (la procédure) et la pratique du contrôle des normes, ainsi que les échanges d'idées sur des questions institutionnelles, structurelles ou autres dans les domaines du droit public et de la justice constitutionnelle [...]* » *« Elle soutient vivement le développement de relations permanentes entre les Cours constitutionnelles européennes et institutions analogues »*¹⁰⁵.

Les congrès sont organisés autour de thèmes bien spécifiques. Les Cours membres fournissent alors des rapports nationaux en réponse au questionnaire thématique. Puis des rapports de synthèses sont rendus publics après le Congrès.

Cette conférence s'est notamment intéressée à la question du dialogue des juges puisque le thème du XII^e Congrès était « Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes ». De même, le XVI^e Congrès avait pour thème « La coopération entre les cours constitutionnelles en Europe – Situation actuelle et perspectives ».

À côté de cette conférence, s'est développée la Commission européenne pour le développement de la démocratie et du droit autrement appelée Commission de Venise. C'est un organe consultatif du Conseil de l'Europe sur les questions de droit constitutionnel. Il fut créé à l'origine en 1990 pour accompagner la transition démocratique d'un certain nombre de nouveaux États en Europe centrale et Europe de l'Est issus de la chute du bloc communiste.

Cette Commission rassemble les 47 États du Conseil de l'Europe et depuis 2002 d'autres États non européens peuvent devenir membres, ils sont actuellement au nombre de 12.

La Commission institutionnalise les rencontres des Cours membres en instaurant des séances plénières tous les quatre ans.

Elle est surtout connue pour être une « *source de documentation considérable, probablement encore trop peu utilisée* (par les Cours membres)¹⁰⁶ ».

¹⁰⁵ Présentation officielle de la Cour sur son site Internet [<http://www.confcoconsteu.org/>].

¹⁰⁶ D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op.*

En effet la Commission de Venise publie non seulement « *le Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, mais organise, dans les jeunes démocraties, des séances d'initiation à la maturité constitutionnelle* »¹⁰⁷.

La Commission de Venise met à disposition des Cours membres une base de données « CODICES » qui recense et traduit les jurisprudences les plus importantes de chaque juridiction constitutionnelle membre. Cette base de données permet aux Cours constitutionnelles et notamment au Conseil constitutionnel de disposer d'études jurisprudentielles comparées sans disposer de bureau de droit comparé. Il s'agit donc d'une sorte de bureau d'échange des jurisprudences constitutionnelles des Cours membres. C'est pratiquement un bureau de droit comparé commun à l'ensemble des Cours constitutionnelles membres.

La Commission a également mis en place un répertoire de référents nationaux au sein de chaque Cour constitutionnelle. Ces « agents de liaison » peuvent être contactés directement par une autre Cour sans passer par l'intermédiaire de la Commission. Cela permet de faciliter les contacts et les échanges de solutions, d'informations, de raisonnements entre Cours constitutionnelles. L'utilisation de ces référents constitutionnels n'est pas encore assez mise en valeur. Les Cours constitutionnelles devraient avoir plus systématiquement recours à cette technique qui permet un dialogue direct, sans intermédiaire entre Cours constitutionnelles. Ces référents peuvent également être utilisés par la Commission elle-même. Lorsque celle-ci souhaite obtenir la réponse à une question de justice constitutionnelle pour une étude contentieuse ou non, elle peut demander à chaque référent de communiquer la jurisprudence de sa Cour sur la question.

En ce sens la Commission de Venise met en place tous les éléments nécessaires à une systématisation du recours au précédent constitutionnel étranger et plus seulement à l'échelle européenne, mais au niveau international depuis 2002. La Commission de Venise est ainsi partie d'un principe de coopération des cours constitutionnelles à une échelle régionale et se retrouve aujourd'hui à permettre la collaboration d'une soixantaine de Cours constitutionnelles. La Commission de Venise est également à l'origine d'une nouvelle institution parmi les instruments internationaux d'institutionnalisation du dialogue des juges.

b/ Les instruments internationaux

Il ne s'agit pas d'étudier l'ensemble des instruments internationaux institutionnalisant le dialogue des juges, mais simplement d'évoquer ceux dans lesquels s'inscrit le Conseil constitutionnel.

cit., p.13.

¹⁰⁷ P. MARTENS, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles », in *Le dialogue des juges, op. cit., op. cit.*, p. 11.

Le Conseil constitutionnel est à l'origine de l'Association des Cours Constitutionnelles Ayant en Partage l'Usage du Français (ACCPUF), créée en 1997. L'association a pour but de promouvoir l'État de droit par un développement des relations entre les Cours membres. L'institutionnalisation du dialogue des juges permet un renforcement de l'autorité du recours au précédent étranger en ce qui concerne les Cours européennes. Mais pour les Cours membres de l'ACCPUF, et c'est la logique qui était également poursuivie par la Commission de Venise en ce qui concerne les États en « transition démocratique », le but du dialogue des juges est de promouvoir un certain nombre de valeurs propres à l'État de droit. Valeurs qui ont pour caractère principal le respect des droits fondamentaux selon les critères définis par les grands États démocratiques européens.

L'institutionnalisation du dialogue des juges a donc un but précis en termes de politique constitutionnelle. Il y a ici de nombreuses interrogations qui se posent : cette institutionnalisation du dialogue ne sert-elle que la politique constitutionnelle des Cours à son origine ? Quelle est la légitimité de la valeur accordée aux droits fondamentaux si les curseurs ont été définis unilatéralement par une partie seulement des membres de ces organismes ? S'agit-il réellement d'une entraide altruiste ou de la promotion d'une culture occidentale jugée supérieure ?

On ne peut apporter une réponse purement juridique à ces nombreuses questions à la frontière de disciplines politiques, économiques et sociologiques, aussi on se contentera de souligner l'existence de tels questionnements.

L'ACCPUF systématise elle aussi les rencontres entre homologues juges constitutionnels au travers de conférences thématiques régulières. Le résultat de ces réunions est publié au Bulletin de l'ACCPUF. L'ACCPUF a son siège au Conseil constitutionnel et il est inscrit dans les statuts de l'association qu'il est automatiquement membre du bureau de l'Association, le directeur du service des relations extérieures du Conseil étant de droit le Secrétaire général de l'Association.

L'ACCPUF n'est pas un bureau de droit comparé au sein du Conseil constitutionnel, ce sont deux organes complètement indépendants qui cohabitent dans le même immeuble, mais n'entretiennent aucune relation privilégiée.

L'ACCPUF n'a pas la même démarche que la Commission de Venise, elle est restée dans une optique de promotion de l'État de droit tandis que la Commission de Venise a évolué vers un quasi-bureau de jurisprudences constitutionnelles régionales (car plus seulement européennes) comparées.

La Commission de Venise a d'ailleurs acquis une ampleur internationale et est à l'origine d'un organisme international qui contribue à institutionnaliser le dialogue des juges constitutionnels. Au-delà du nombre croissant de ses adhérents,

la Commission de Venise a souhaité faire coopérer d'autres organismes institutionnalisant le dialogue des juges comme l'ACCPUF. Pour cela elle a organisé la première Conférence mondiale de justice constitutionnelle au Cap en janvier 2009. Cette conférence a d'ailleurs pris une ampleur particulière avec l'adoption d'un statut spécifique le 24 septembre 2011 qui en fait un organe permanent. Cette conférence mondiale sur la justice constitutionnelle réunit 71 Cours constitutionnelles à travers le monde.

L'institutionnalisation du dialogue des juges est donc un phénomène plus ou moins abouti en fonction des régions du monde, mais malgré l'existence de ces organismes, en l'absence de volonté et de pratique régulière de la Cour constitutionnelle qui en est membre le dialogue n'est pas forcément une pratique systématique. Ce que l'on peut espérer c'est que le perfectionnement des outils de ces organismes comme la mise en place de base de données comparées pousse l'ensemble des Cours membres et notamment le Conseil constitutionnel à systématiser sa pratique.

Le Conseil constitutionnel s'est d'ailleurs lancé depuis quelque temps dans une politique de communicabilité de ses décisions et met en ligne des versions traduites en différentes langues de ses décisions les plus importantes. Il est également possible de trouver dans la section relative aux relations extérieures des liens vers des versions en ligne (et parfois traduites) de Constitutions d'un très grand nombre d'États à travers le monde, ainsi que des liens vers le site des juridictions constitutionnelles qui mettent en ligne un certain nombre d'informations relatives à leurs activités.

Avec la Commission de Venise, on passe d'un dialogue des juges à une véritable collaboration, une entre-aide des cours constitutionnelles. Est-ce que la Commission de Venise contribue à détruire les équilibres étatiques de répartition des pouvoirs ? Le fait que l'ensemble des Cours membres de la Commission ne perçoit pas encore tout le potentiel de cette institutionnalisation du recours à l'argument jurisprudentiel comparé rend l'étude des conséquences d'une systématisation du dialogue des Cours constitutionnelles complexe et parfois théorique.

B.- Les conséquences d'un dialogue systématisé des juridictions constitutionnelles

La systématisation du recours à l'argument de droit comparé par les cours constitutionnelles permettrait de concevoir une nouvelle étape du phénomène comparatiste. L'argument comparatiste a d'abord eu une valeur purement informelle liée au caractère unilatéral de la pratique : les juges ne discutant pas ensemble, mais observant chacun comme il l'entend la jurisprudence d'un ou de plusieurs voisins. Avec l'émergence des organismes institutionnalisant les

rencontres des juges, l'argument comparatiste prend une ampleur subversive¹⁰⁸ : les juges dialoguent et s'échangent des idées susceptibles de remettre en cause le droit positif de chacun. Si les rencontres sont institutionnalisées, la citation de précédents étrangers par les cours et plus particulièrement par le Conseil constitutionnel n'est aujourd'hui pas systématisée. La systématisation de cette pratique aurait pour conséquence une nouvelle évolution du phénomène comparatiste : on passerait d'un principe de dialogue des juges à un principe de collaboration jurisprudentielle. Quel serait alors l'apport d'une telle évolution ? (1). De plus, est-ce que cette évolution est sans risques, quels seraient les risques d'une mauvaise systématisation ? (2).

1/ L'apport d'une jurisprudence constitutionnelle collaborative

L'existence d'un réseau de juges, d'une institutionnalisation du dialogue n'est plus à démontrer. Si la pratique du recours à l'argument jurisprudentiel comparé entre les membres de ce dialogue institutionnalisé était systématisée par les Cours membres de ces institutions, les jurisprudences de toutes ces cours finiraient par se répondre. On entrerait alors dans un phénomène de collaboration jurisprudentielle et non plus de simple échange de solution. On pourrait alors imaginer, au-delà de l'échange, la construction commune d'une jurisprudence constitutionnelle par un ensemble de Cours constitutionnelles culturellement liées. Les juges constitutionnels ne seraient plus réduits à construire chacun de leur côté une jurisprudence à charge pour eux d'exporter ensuite la meilleure des solutions. Ils seraient amenés à construire une solution jurisprudentielle ensemble, d'une même voix. La jurisprudence collaborative serait l'écriture à plusieurs mains d'une solution jurisprudentielle. Les juges constitutionnels ne parlant plus que d'une seule voix, il y aurait un passage du dialogue désordonné à un monologue réfléchi à plusieurs. Ce mouvement n'est envisageable qu'à travers les droits fondamentaux (a) et aurait pour conséquence une modification radicale des rapports de force institutionnelle (b).

a/ Une jurisprudence collaborative des droits fondamentaux

La collaboration jurisprudentielle de Cours intégrées dans des organismes institutionnalisant le dialogue n'est envisageable que pour des problèmes communs, et à condition d'y appliquer des raisonnements basés sur des valeurs communes. Ainsi une telle systématisation n'est envisageable qu'entre Cours culturellement liées. Ces valeurs et cette culture commune sont précisément ce qu'est en train de forger le phénomène européen, d'où une institutionnalisation plus forte du dialogue au sein des pays de l'Europe. Comment le phénomène

¹⁰⁸ J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 123 : « *Il ne s'agit pas d'imiter, mais de profiter de l'angle de vue différent que procure, sur le droit d'ici, la lecture du droit d'ailleurs, le comparatisme permettant de subvertir la grande machine positiviste* ».

européen a-t-il forgé de telles identités juridiques ? Par l'uniformisation des droits fondamentaux.

La transition démocratique des anciens pays communistes est passée par la mise en place et la garantie d'un État de droit, et l'un des curseurs les plus importants de celui-ci passe par l'adhésion et le respect des droits fondamentaux.

Ces droits fondamentaux ont d'abord fait l'objet de protections nationales dans le cadre des Constitutions étatiques. Le mécanisme des communautés européennes a initialement été conçu pour ramener la paix par la collaboration économique des États membres. Cette collaboration n'a été possible qu'au travers de la garantie de principes communs à l'ensemble des États membres. Le processus d'intégration a été accompagné par l'émergence d'une protection des droits fondamentaux à l'échelle des communautés européennes puis plus largement de l'Europe avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Le caractère flou et modelable des droits fondamentaux¹⁰⁹ a permis aux jurisprudences des Cours européennes de fixer des standards d'exigence en fonction de la protection que la Constitution de chaque État prévoyait. Les Cours européennes ont œuvré en faveur de l'uniformisation des droits fondamentaux. La ressemblance des catalogues de droits fondamentaux défendus par les États et les juges européens a permis la circulation juridique des solutions et l'institutionnalisation d'un dialogue des juges. Les droits fondamentaux ont alors constitué un socle commun sur lequel les États ont construit des valeurs communes et une certaine identité culturelle.

Les Cours européennes ont donc permis un renforcement du dialogue direct entre les Cours constitutionnelles favorisant l'émergence d'un dialogue horizontal. La collaboration jurisprudentielle constitutionnelle peut alors intervenir entre ces Cours qui ont créé des valeurs et une culture communes au travers des droits fondamentaux.

Cette uniformisation des droits fondamentaux, et cette collaboration des Cours constitutionnelles pour une application concertée de ces droits fondamentaux contribuent à la création d'un ordre constitutionnel si ce n'est mondial au moins régional. Cette régionalisation de la jurisprudence constitutionnelle permet d'offrir aux citoyens une protection uniforme dans un espace désormais plus cohérent que celui des frontières étatiques.

La tendance universaliste des droits fondamentaux qui tend à créer un réseau collaboratif de juges qui vont s'émanciper par rapport à leur ordre juridique national¹¹⁰ et par conséquent s'émanciper des pouvoirs politiques propres à ces

¹⁰⁹ M. DELMAS-MARTY, « Le relatif et l'universel », *op. cit.*, p. 637 : « Leur sous-détermination initiale permet une détermination variable dans l'espace et dans le temps qui facilite leur adaptation à une réalité plurielle et évolutive ».

¹¹⁰ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 149.

frontières nationales. Cette émancipation a été d'autant plus simple que les droits fondamentaux ayant valeurs constitutionnelles ou conventionnelles, ils se plaçaient systématiquement au-dessus des lois¹¹¹. Cette émancipation va nécessairement engendrer une modification des rapports de forces institutionnels.

b/ La modification des rapports de force institutionnels

Le recours au droit comparé devient un moyen de créer du droit en marge des pouvoirs politiques étatiques¹¹². Les juges constitutionnels en utilisant ce recours au précédent étranger de manière plus systématique gagnent en autonomie vis-à-vis de l'État auquel ils sont rattachés¹¹³.

*« Cette évolution aboutit à repenser la place du juge dans l'équilibre des pouvoirs, et à transformer en profondeur notre conception du constitutionnalisme et de la démocratie »*¹¹⁴.

En raison de la sanction étatique, de la subordination des États membres de l'Union comme du Conseil de l'Europe aux juges européens, ceux-ci sont considérés comme ayant le dernier mot. Par conséquent, si les Cours constitutionnelles de ces États membres et en particulier le Conseil constitutionnel ne sont pas dans une optique concurrentielle avec les juges européens il est tout à fait envisageable qu'un différend se fasse jour et confronte les cours constitutionnelles et les Cours européennes. Le développement du dialogue horizontal, direct entre ces cours constitutionnelles leur a permis de devenir suffisamment matures en termes de collaboration jurisprudentielle, de prendre conscience de leur pouvoir « normatif » et ainsi de pouvoir prétendre à l'inflexion de la jurisprudence d'une Cour européenne. Cette collaboration issue d'un phénomène européen va ainsi permettre aux Cours constitutionnelles de s'émanciper des États, des pouvoirs politiques étatiques, mais également de la suprématie européenne. N'est-ce pas ce mouvement qui a été amorcé à travers l'élaboration et l'inspiration réciproque de ces cours en ce qui concerne la notion d'identité constitutionnelle d'un État, ultime barrière au droit de l'Union ?

Autrement dit, cette collaboration jurisprudentielle permet déjà ou permettra aux Cours de s'unir sur la portée d'une notion, d'un droit fondamental pour imposer une vision, un raisonnement juridique à la Cour.

Les juges constitutionnels deviendraient avec une telle systématisation un réel pouvoir normatif apolitique (au sens de politique politicienne). Cette

¹¹¹ *Ibid.*, p. 163.

¹¹² M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Propos conclusifs », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, op. cit., p. 256 : « Ce pouvoir de fabriquer le droit est particulièrement mal perçu par les décideurs politiques, car il s'agit d'une faculté qui leur échappe, un pouvoir dont ils n'ont pas la maîtrise ».

¹¹³ J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, op. cit., p. 113.

¹¹⁴ E. DUBOUT et S. TOUZE, op. cit., p. 15.

émancipation va également bouleverser l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. Là où le Parlement ose encore aujourd'hui ne pas respecter certaines décisions du Conseil en revotant des dispositions déjà censurées, il y aurait un plus grand respect des décisions du Conseil de par son élaboration réfléchie et utilisée partout en Europe voire même au-delà. Ce rayonnement du Conseil constitutionnel serait susceptible de décourager les Parlementaires de toutes futures violations de l'autorité de la chose jugée du Conseil.

Cette émancipation ne fait pourtant pas échapper le Conseil à une éventuelle réforme constitutionnelle qui reviendrait sur une jurisprudence du Conseil. Il faut simplement affirmer que le recours au précédent étranger est un argument persuasif et probatoire en ce sens qu'il apporte un exemple concret d'application dans un autre système juridique d'une solution. Cependant le droit comparé n'est en rien producteur d'effet de droit dans l'ordre juridique interne. Par conséquent ni le juge ni aucun autre pouvoir public ne sont tenus de respecter un tel argument.

La mise en place d'une collaboration jurisprudentielle succédant au dialogue institutionnalisé des juges n'est pas sans poser de questions. Le recours au droit comparé fait l'objet de nombreuses critiques et comporte par conséquent des risques auxquels il faudra faire attention.

2/ Les risques d'une mauvaise systématisation du recours au précédent étranger

Le recours au droit comparé n'emporte pas l'enthousiasme de l'ensemble des auteurs doctrinaux. Des critiques ont pu être adressées aux méthodes de recherche et de comparaison des jurisprudences. Il existe par conséquent un certain nombre de dérives qui pourraient aboutir à une mauvaise systématisation du recours à l'argument de droit comparé (a). En dehors du recours en lui-même à la jurisprudence constitutionnelle comparée, certaines mises en garde peuvent être formulées quant à la légitimité que doit conférer cette systématisation aux Cours constitutionnelles (b).

a/ Les dérives du regard comparatiste source d'une mauvaise systématisation

L'ensemble de la doctrine reconnaît le risque que revêt une mauvaise référence, une référence incomplète, imprécise ou discrétionnaire à un précédent étranger. Là où le juge Scalia qualifiait une telle démarche de sophisme¹¹⁵, de

¹¹⁵ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *op. cit.*, p. 257 : « Le juge Scalia, de la source étrangère et internationale, fustige ainsi cette méthode dans l'arrêt *Roper v. Simmons* : « la Cour s'est-elle tout bonnement contentée de jeter un coup d'œil dans la foule pour ne prendre que ses amis ? (...) Invoquer le droit étranger quand il va dans le sens de ce que l'on dit et en faire abstraction dans les autres cas n'est pas une démarche rationnelle, mais un sophisme » (Cour sup. Des États-Unis, *Roper v. Simmons*, 543 US 551 [2005]) ».

nombreux autres auteurs parlent de « *tourisme judiciaire* »¹¹⁶, de « *cherry picking* » ou encore d'utilisation des précédents « *à la carte* »¹¹⁷. Cette pratique illustre les cas où les juges se « *tournent vers l'étranger que quand leur décision semble difficile à justifier au sein de leur propre système, mais ignorent totalement ces mêmes références étrangères quand elles les amèneraient à conclure, dans d'autres affaires, dans un sens qui ne leur convient pas. Autrement dit, les juges ne chercheraient ailleurs que de quoi renforcer leurs convictions intimes* »¹¹⁸.

La systématisation du recours aux précédents constitutionnels étrangers ne devrait pas être susceptible d'une telle critique. En effet, la collaboration jurisprudentielle constitutionnelle aurait lieu au sein d'un même groupe de Cour constitutionnelle identifiée à l'avance par leur adhésion à un organisme institutionnalisé de dialogue des juges. La systématisation impliquerait ainsi un regard sur l'ensemble des décisions jurisprudentielles de ce groupe de Cour qui ont pu être précédemment rendues¹¹⁹. Cela est d'autant plus envisageable lorsque l'organisme d'institutionnalisation du dialogue, à l'image de la Commission de Venise, met à disposition des bases de données faciles d'accès.

Ainsi, la critique du cherry picking peut se justifier quant à la pratique actuelle du Conseil constitutionnel, mais l'entrée de celui-ci dans une démarche jurisprudentielle collaborative lui permettrait d'échapper aux vices d'un comparatisme erroné, fruit d'un regard hasardeux.

Le regard complet et régulier sur un groupe de Cours défini au préalable par le Conseil devrait écarter une telle critique. Mais peut-on encore critiquer le Conseil sur le choix préalable de ses Cours ? Le Conseil constitutionnel dispose-t-il d'une entière marge de manœuvre dans ce choix ? Ce choix des juridictions et le choix des décisions qui suivra peut-il également être taxé de discrétionnaire ou se trouve-t-on dans le domaine réservé du Conseil ?

¹¹⁶ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 157 : « les citations par les juges de décisions étrangères empruntent souvent la forme d'une étude de droit comparé, la manière dont cette étude est conduite suscite de sérieuses réserves et même de sévères critiques de la part du monde académique, en particulier des comparatistes de métier. Ainsi, on reproche au juge de pratiquer une sorte de « *tourisme judiciaire* » (*judicial tourism*), selon l'expression relevée par Lord Sedley, ou encore le « *cherry picking* ». En d'autres termes, on critique le caractère non systématique, hasardeux ou opportuniste de ces références étrangères, leur aspect partiel et donc partial ».

¹¹⁷ T. GROPPi, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels » *op. cit.*, p. 58-59.

¹¹⁸ J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », *op. cit.*, p. 80.

¹¹⁹ T. GROPPi, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels » *op. cit.* : « En conclusion, je partage le point de vue des nombreux auteurs qui considèrent l'utilisation de la jurisprudence étrangère comme une véritable richesse. Bien entendu, elle doit être utilisée avec prudence, c'est-à-dire avec une sélection soignée des systèmes juridiques de référence et avec le but de mieux comprendre le propre système juridique ».

Il ne s'agirait que d'un exercice de son autonomie dans le choix des Cours avec lesquelles il souhaite travailler¹²⁰.

La critique du choix discrétionnaire d'un précédent étranger devrait alors être résolue par la systématisation pré définie d'un regard comparatiste. Cependant l'institutionnalisation n'apparaît pas pour tous les auteurs comme la solution à l'amélioration du dialogue des juges.

« S'ouvrir aux autres, se comparer à eux, nous amène à nous juger nous-mêmes, mais cela ne peut se faire qu'en raison d'une étrangeté, d'une extériorité, que le dialogue présuppose et que tout mécanisme institutionnel d'intégration risquerait d'altérer. C'est la raison pour laquelle le dialogue des juges ne peut se traduire qu'en une co-présence imparfaite et inaboutie d'interlocuteurs, le plus souvent en marge des mécanismes institutionnels. Il sera en cela périlleux de chercher à récupérer institutionnellement le dialogue des juges, ne serait-ce qu'en lui donnant la vocation de poser la première pierre d'un nouvel ordre juridique mondial (...) la force comme la rationalité de ce dialogue tiennent justement à ce caractère bricolé, informel, partiel, que toute récupération institutionnelle risquerait de manquer »¹²¹.

La systématisation du comparatisme jurisprudentiel est également sujette à une critique identitaire. Le Conseil constitutionnel en s'inscrivant dans une logique de collaboration jurisprudentielle risquerait peu à peu de perdre de son authenticité pour se fondre dans le collège des cours avec lesquelles il effectue ses comparaisons et construit des solutions communes¹²². L'élaboration de jurisprudences communes peut certes être vue comme une atténuation de l'identité du Conseil constitutionnel, mais elle peut aussi être vue comme une refonte de l'identité du Conseil constitutionnel. Une nouvelle identité, partagée avec les Cours associées susceptibles de conférer au Conseil constitutionnel une toute nouvelle légitimité. Cette légitimité appelle cependant quelques interrogations.

b/ La légitimité dangereuse d'une collaboration jurisprudentielle des Juridictions constitutionnelles

L'émancipation du juge du pouvoir politique au travers d'une utilisation accrue de l'argument de droit comparé va lui conférer un réel pouvoir de création

¹²⁰ J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 120 : « serait le signe d'une autonomie au sens noble du terme, qui implique une responsabilité : on choisit ses partenaires du dialogue, et bien souvent on espère d'eux qu'ils nous citent à leur tour ».

¹²¹ J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », *op. cit.*, p. 84 et 91.

¹²² F. JACQUELOT, « L'ambivalence du recours au droit comparé par le juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 158-159 : « (...) le juge constitutionnel prend ici le risque d'apparaître comme « l'auteur d'un roman dont le début a été écrit par d'autres ». Le comparatisme brouille l'identité du juge constitutionnel. Les différences identitaires s'amenuisent pour faire place à ce qui est commun et donc permutable ». V. également p. 160 : « Il s'agit, en effet, de se demander s'il reste encore une place pour la différence ? Peut-on penser que les juges constitutionnels ont encore un raisonnement qui leur est propre quand les solutions circulent et quand les méthodes sont reprises ? ».

normative¹²³. Le droit comparé peut être utilisé pour influencer le législateur sur l'existence de solutions plus adaptées à l'étranger. Le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée permet de signifier au législateur la nécessité d'une intervention de sa part pour adapter le droit positif jugé arriéré, obsolète ou inefficace. Le Conseil constitutionnel, inspiré de la Cour européenne des droits de l'homme a dégagé des critères de normalité, de précision, de qualité d'une norme du législateur. Le juge constitutionnel se voit conférer une mission de contrôle de la qualité du législateur¹²⁴. Le juge constitutionnel peut alors interpeller le législateur sur les évolutions juridiques à mettre en œuvre. Le Conseil se transforme alors en co-législateur apolitique dont les seuls raisonnements et motivations résultent du droit.

Le juge constitutionnel se voit alors confier le pouvoir d'initier certaines évolutions de la société. Le recours au droit comparé prend d'ailleurs le plus d'importance dans les questions d'évolution de la société. Les décisions relatives à l'interruption volontaire de grossesse, au pacte civil de solidarité, au mariage pour tous engendrent des évolutions sociales importantes.

La question qu'on peut alors se poser est de savoir si le juge est réellement légitime pour décider ou non d'une évolution de société ?

Au-delà de cette question, si l'on envisage la collaboration jurisprudentielle, la systématisation du recours à l'argument comparé, il faut faire attention à un certain nombre de dérives pouvant affecter la légitimité d'une Cour constitutionnelle.

Si une Cour se contente d'attendre que les autres Cours aient construit une solution et la reprend telle quelle, elle risque de perdre toute crédibilité. De plus quand bien même ces solutions seraient construites ensemble, il y a nécessairement réception de ces théories et traduction de la solution par rapport au particularisme de l'ordre juridique auquel l'on appartient. L'attente de la construction d'une solution par d'autres peut enfin ralentir les évolutions de sociétés et rester systématiquement dans un retard juridique.

Il y a donc un juste milieu à trouver dans la participation à un tel dialogue des juges renforcée, systématisée.

¹²³ B. RAVAZ, *op. cit.*, p. 226.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 227-232.

Conclusion

Le dialogue des juges et la mondialisation sont des phénomènes en perpétuel mouvement. Le recours à l'argument jurisprudentiel comparé a subi une évolution sans précédent et pourrait bien finir par plaider pour l'instauration d'un ordre mondial quand bien même certains auteurs n'adhèrent pas à cette vision. Le Conseil constitutionnel s'inscrit donc dans un phénomène inabouti. Il sera nécessairement confronté dans les prochaines années à des évolutions majeures. Le droit comparé ne doit pas être une fin en soi, il doit être un outil au service des contentieux complexes auxquels le Conseil constitutionnel doit apporter une réponse.

Si le dialogue des juges devait évoluer vers une collaboration des Cours constitutionnelles et suprêmes, celle-ci s'inscrirait nécessairement dans un cadre régional. La problématique du droit comparé pourrait alors se poser encore une fois, mais en des termes nouveaux. Est-ce que ces organisations de Cours constitutionnelles devront avoir recours à la jurisprudence comparée d'organisations similaires ?

Est-ce qu'à terme les organisations comparatistes sont vouées à fusionner dans un droit commun mondial ?

Il apparaît utopique de plaider en faveur d'un droit mondial et d'une jurisprudence universelle des droits fondamentaux. Mais au-delà de l'utopie, les bénéfices du comparatisme risqueraient d'être perdus si une telle mondialisation se mettait en place. En effet, le droit comparé permet un regard critique et objectif de son propre système juridique par la projection du juge à travers le regard étranger. Si le facteur d'extranéité venait à disparaître, le juge ne disposerait plus de référentiel externe pour pratiquer une telle autocritique.

Le risque de la perte d'une pensée réactionnaire, critique, serait de tomber dans une pensée unique privée de toute capacité d'évolution. Le droit comparé des systèmes étrangers offre en réalité bien plus qu'un regard nouveau et critique, il permet de nourrir l'imaginaire juridique des juges et des législateurs. Ces juges et ces législateurs vont alors nécessairement avoir un regard personnel et une compréhension, une traduction qui leur seront propre en fonction de leurs imaginaires. Par conséquent la retranscription de ce qu'ils ont vu ou constaté sera intrinsèquement modifiée par leurs cultures, leurs personnalités, leurs attirances politiques, etc. Cette rupture entre le perçu et le rendu serait ce qui dote le droit comparé de la capacité de régénérer, de réinventer le droit positif.

Au-delà de la perception personnelle de chaque juge de l'argument comparatiste, on peut soutenir que le droit comparé ne perdra pas ses vertus par la

systématisation, car il y a une distinction de taille à apporter entre construction d'un raisonnement juridique pour faire face à une nouvelle problématique, et application de celui-ci à l'ensemble des sous problèmes apparentés à cette problématique.

L'utilisation de l'argument comparatiste renvoie à une pratique contentieuse qui ne concerne pas l'ensemble de l'office du juge, mais uniquement la résolution de questions difficiles (questions de sociétés, aux frontières du droit, ou d'envergures géographiques supranationales). Lorsque l'on plaide en faveur d'une systématisation du recours à l'argument de droit comparé il ne s'agit pas de plaider en faveur de l'instauration d'une norme mondiale ou d'une jurisprudence commune à tous. Il s'agit uniquement de dialoguer sur l'élaboration de nouvelles techniques contentieuses, de nouveaux raisonnements et logiques juridiques susceptibles de répondre aux problèmes nouveaux soulevés par la pratique et les évolutions technologiques, sociologiques, etc., et non de dialoguer sur la moindre application d'espèce d'un raisonnement juridique particulier.

Ce n'est que lorsque ces techniques ne seront plus à même de répondre à ces nouveaux problèmes émergents que les juges devront à nouveau dialoguer et adopter des raisonnements juridiques appropriés.

La systématisation du dialogue des juges impose donc une rigueur par étape entre construction d'un raisonnement et adaptation de celui-ci aux évolutions de la pratique. Ainsi, il ne s'agit pas d'harmoniser la pratique comparatiste sur l'ensemble de l'office des juges constitutionnels, mais simplement sur les problèmes communs qu'ils rencontrent.

C'est pourquoi l'on peut affirmer que la systématisation du recours à l'argument de droit comparé ne portera pas atteinte aux apports du droit comparé et notamment à sa fonction subversive, introspective grâce à l'évolution de la pratique et aux problèmes d'applications concrètes de chaque juge d'une technique juridique commune.

Table détaillée des décisions liées à l'argument jurisprudentiel constitutionnel comparé

La recherche de l'argument jurisprudentiel comparé au niveau constitutionnel est relativement complexe en ce qui concerne le Conseil constitutionnel notamment puisqu'elle ne se cantonne pas à la simple lecture des décisions de celui-ci. Il faut s'imprégner de l'ensemble des documents « connexes » aux décisions du Conseil (I) et parfois aller jusqu'à la recherche d'indices comme l'existence d'une étude de législation comparée ou l'affirmation doctrinale d'une influence constitutionnelle étrangère (II).

Il s'agit dans cette annexe de détailler la source et la présentation d'un argument jurisprudentiel comparé au niveau constitutionnel. Cette annexe est le produit de l'ensemble des recherches effectuées au cours d'une année universitaire. Ces dernières ne prétendent en rien être exhaustives et des décisions ont certainement pu ne pas être recensées, notamment en ce qui concerne l'existence d'un regard de législation comparée pouvant impliquer un regard sur la jurisprudence liée à cette législation.

I. Les références à une jurisprudence constitutionnelle comparée dans les documents connexes

L'influence d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère se reflète dans cette partie dans les documents « connexes » aux décisions du Conseil constitutionnel.

1/ Décision n° 93-324 DC

Cons. Const., Décision n° 93-324 DC du 3 août 1993, Loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit

À la page 3 de **la saisine des 60 députés** figure une référence au juge constitutionnel voisin : « *Et il n'est pas indifférent de relever également que la décision que sera prochainement amené à prendre le tribunal constitutionnel de Karlsruhe, saisi sur la conformité du traité à la loi fondamentale allemande, pourra elle aussi faire obstacle à la mise en œuvre des dispositions adoptées le 7 février 1992* ».

Figure également à cette page une référence imprécise à la législation comparée des États de l'Union européenne.

Le renvoi à une jurisprudence future laisse entendre que les parlementaires se sont tenus au courant de la jurisprudence passée et le Conseil constitutionnel devra regarder la jurisprudence passée du juge allemand pour comprendre cet argument. Cependant il n'y a aucune présence matérielle de cette observation dans la décision ou les documents émanant des Services du Conseil.

Les parlementaires soulèvent ici un argument de similitude entre la jurisprudence du Conseil et celle du juge allemand. L'imprécision de la référence nous amène à penser qu'il peut s'agir soit d'un argument de cohérence (si un juge constitutionnel voisin dans la même situation a rendu une décision, le Conseil constitutionnel devrait normalement rendre la même décision) soit d'un argument de légitimité, de mise en confiance (le Conseil peut rendre une décision dans un sens, car celle-ci sera très certainement reprise par d'autres juges constitutionnels).

2/ Décision n° 96-383 DC

Cons. Const., Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective

Aux pages 3 et 4 de la **saisine par 60 sénateurs** on peut trouver une référence à l'argument jurisprudentiel comparé : « *Cette indépendance absolue du négociateur est ainsi illustrée en Allemagne, par une jurisprudence constante de la cour de Karlsruhe exigeant que les parties à la convention collective soient indépendantes de la partie adverse (BVERFG, 1^{er} mars 1979, voir plus généralement : F Kessler, " Le droit des conventions collectives en RFA ", Éd. Peter Lang, 1988, p 260 et s). Il faut donc un réel équilibre entre les parties.*

De même le Conseil constitutionnel a-t-il clairement dit que la protection des représentants élus du personnel ou des responsables syndicaux, eu égard à l'exercice de leurs fonctions, était une exigence constitutionnelle (CC 20 juillet 1988, DC n° 88-244, AJDA 12/88 p 752, note P. Wachsmann).

Il est si vrai que l'indépendance du négociateur appelle une protection légitime et adaptée. Ces deux exigences sont intimement liées ».

La référence à la jurisprudence allemande permet d'apporter l'état de la jurisprudence d'un système de droit étranger et **de positionner la jurisprudence du Conseil constitutionnel.**

Cette référence a probablement inspiré, ou conforté le Conseil constitutionnel dans sa décision. C'est ce que l'on peut déduire du **Commentaire de la décision** (page 1) où la nécessité de garantir l'indépendance des représentants syndicaux est devenue une garantie constitutionnelle : « *Après avoir ainsi conjugué le principe de la liberté syndicale et le principe de participation, le*

Conseil a précisé, dans un deuxième temps, que parmi les garanties constitutionnelles devant être assurées par le législateur, figurait la détermination d'un statut de nature à permettre aux personnes amenées à conclure des accords collectifs de travail l'exercice normal de leurs fonctions en toute indépendance par rapport à leur employeur ».

Cependant le Conseil ne fait pas directement référence à la jurisprudence allemande, mais renvoie indirectement à la saisine des sénateurs : « *que les sénateurs soulignent que la représentativité des délégués ne pourrait être garantie que par leur indépendance à l'égard de l'employeur* » (cons. 4).

3/ Décisions 2004-500 DC et 2005-512 DC

Cons. Const., Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales

Cons. Const., Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école

Il figure au dossier complet de ces deux décisions **des Annexes** illustrant le regard du Conseil Constitutionnel sur la jurisprudence constitutionnelle étrangère.

Annexe 1 au dossier documentaire de la décision intitulé « Absence de normativité ou normativité incertaine des dispositions législatives ».

- ESP-2000-2-022, Tribunal constitutionnel d'Espagne, Assemblée, « Baremo de daños », du 29 juin 2000.
- CZE-2000-1-009, Cour constitutionnelle de la République Tchèque, deuxième chambre, affaire n° II. US 559/1999, du 12 avril 2000.
- SVK-1997-2-007, Cour constitutionnelle de Slovaquie, Cour plénière, affaire n° PL.US 8/96, Recours des membres du parlement du 26 août 1997.

Annexe 2 au dossier documentaire de la décision intitulé « Clarté, accessibilité et intelligibilité, incompétence négative ».

1) Jurisprudence relative à l'incompétence négative (p. 2-6)

- BEL-1993-1-007, Cour d'arbitrage de Belgique, affaire n° 10/93, du 11 février 1993.
- ITA-2001-3-010, Cour constitutionnelle d'Italie, affaire n° 435/2001, du 19 décembre 2001.
- AUT-1995-3-008, Cour constitutionnelle d'Autriche, affaires n°s G 1219-1244/95, G 1303/95, V 76-101/95, V 110/95, « Regionalradio », du 27 octobre 1995.

2) Jurisprudence relative au principe de clarté de la loi (p. 6-14)

- AUT-1997-2-006, Cour constitutionnelle d'Autriche, affaire n° G 213/96, « Système de péage », du 27 juin 1997.
- CRO-1999-3-014, Cour constitutionnelle de la Croatie, affaire n° ^s U-I-58/1995, U-I-771/1998, du 05 octobre 1999.
- ESP-2000-3-035, Tribunal constitutionnel d'Espagne, Assemblée plénière, affaire n° 292/2000, « Cession de données à caractère personnel », du 30 novembre 2000.
- EST-2001-1-002, Cour suprême d'Estonie, Chambre des recours constitutionnels, affaire n° 3- 4-1-4-01, « Examen de la requête du Tribunal administratif de Tallinn aux fins du contrôle de la constitutionnalité de l'article 231.6 du Code des infractions administratives », du 22 février 2001.
- HUN-2000-3-010, Cour constitutionnelle de Hongrie, affaire n° 47/2000, du 19 décembre 2000.
- LIE-1997-1-001, Conseil d'État de Liechtenstein, affaire n° StGH 1996/29, du 24 avril 1996.
- POL-2003-1-008, Tribunal constitutionnel de la Pologne, affaire n° P 13/02, du 03 décembre 2002.
- POL-2003-1-006, Tribunal constitutionnel de la Pologne, affaire n° K 41/02, du 20 novembre 2002.
- RUS-2001-1-005, Cour constitutionnelle de Russie, du 30 janvier 2001.

3) Jurisprudence relative à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (p. 20)

- Cour suprême du Canada, Connaly c/ General construction Co, 269 US385 (1926).

Les jurisprudences étrangères citées font toutes référence aux principes que le Conseil applique, mais selon des formules différentes. L'invocation de la jurisprudence étrangère a donc ici un **rôle de confortation de la décision** : comme les autres Cours utilisent ces notions pour analyser la constitutionnalité d'une disposition, le Conseil Constitutionnel est tout à fait légitime à y recourir également.

4/ Décision n° 2004-505 DC

Cons. Const., Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe

Dans le **dossier documentaire**, à la page 32, figure une partie E. intitulée « Jurisprudence de la Cour de Karlsruhe ». Il est fait mention de la décision de la **Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne du 12 octobre 1993, "Maastricht"**, (commentaire de Hugo J. Hahn, *Revue générale de droit international public*, 1994 (1), p. 107-126 (extraits)) :

« La Cour constitutionnelle confirme par ailleurs sa jurisprudence antérieure affirmant son droit de vérifier si des institutions ou organes communautaires appliquent ou développent le droit primaire de la Communauté d'une manière qui ne serait plus couverte par la Loi d'approbation allemande. Elle se réserve le droit de constater le cas échéant la non-applicabilité de tels actes juridiques sur le territoire où l'Allemagne exerce sa souveraineté.

La Cour constitutionnelle fédérale met en relief ses fonctions de surveillance, non seulement envers la Cour de justice européenne, mais aussi envers d'autres organes communautaires, en faisant remarquer de façon presque didactique qu'à l'avenir « il faudra considérer, lors de l'interprétation de règles de compétence par des institutions et organes communautaires, que le Traité sur l'Union européenne fait en principe la distinction entre exercice d'un pouvoir de souveraineté conféré dans des limites précises et un amendement du Traité ». Interpréter le Traité ne devrait donc pas revenir à étendre sa portée ; « une telle interprétation ne saurait engager l'Allemagne ».

La nouvelle définition que la Cour constitutionnelle fédérale donne de sa propre position reprend en effet de nombreux éléments de sa définition antérieure. Mais on a l'impression que la Cour a voulu se ménager une porte de sortie plus large. Ceci vaut notamment aussi pour le principe de la recevabilité du recours constitutionnel visant directement le droit secondaire de la Communauté ».

Il s'agit de faire état de la position du juge constitutionnel allemand quant au principe de primauté du droit de l'Union européenne. Cette référence au droit comparé passe encore une fois par une étude doctrinale et non une recherche de l'information source.

5/ Décision n° 2005-37 REF

Cons. Const., Décision n° 2005-37 REF du 25 mai 2005, Décision du 25 mai 2005 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane Hauchemaille et par Monsieur Renaud Le Mailloux

Dans le **dossier documentaire** à la page 8 figure une partie B. intitulée « *Jurisprudence de la Cour de Karlsruhe* » qui mentionne exactement la même référence que celle présente dans le dossier documentaire de la décision 2004-505 DC.

Il est fait mention de la décision de la **Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne du 12 octobre 1993, "Maastricht"** (*commentaire de Hugo J. Hahn, Revue générale de droit international public, 1994 (1), pp. 107-126*)

Il s'agit de faire état de la position du juge constitutionnel allemand quant au principe de primauté du droit de l'Union européenne. Cette référence au droit comparé passe encore une fois par une étude doctrinale et non une recherche de l'information source.

6/ Décision n° 2005-514 DC

Cons. Const., Décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, Loi relative à la création du registre international français

Dans les **observations du gouvernement** à la page 4 figure une référence à une jurisprudence constitutionnelle allemande :

« On peut aussi observer que d'autres pays européens ont mis en place des dispositifs analogues à celui qui résulte de la loi déférée. Tous les États membres de l'Union européenne ont adopté des mesures d'ordre fiscal ou social ou mis en place des registres-bis, afin de rendre leur pavillon attractif sur un plan économique. Il en va ainsi du Danemark, des Pays-Bas, de l'Espagne, de l'Italie, de l'Allemagne, du Luxembourg ou de la Belgique.

*Ces législations étrangères prennent souvent en considération le critère de la résidence des marins pour déterminer les règles qui leur sont applicables. C'est le cas notamment de la **législation allemande, qui a été jugée conforme au principe d'égalité par la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe (BVerfG. 10 janvier 1995, TranspK 6-95 p.246).***

La loi déférée institue ainsi un mécanisme comparable à celui déjà mis en place par les autres pays européens, dans l'intérêt général de la flotte française ».

L'arrêt de la Cour allemande est également disponible dans sa version intégralement traduite sur le site du Conseil **dans le dossier complet** de la décision n° 2005-514.

Cette référence est également reprise **dans le Commentaire** de la décision :

« Le Conseil constitutionnel a apprécié ce grief à la lumière de sa jurisprudence constante selon laquelle "le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il

déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit" (V. en dernier lieu, n° 2004-509 DC, du 13 janvier 2005, cons. 17 ; n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004, cons. 5).

La réponse qu'il y a apportée (1) repose sur la distinction faite entre, d'une part, les dispositions relatives aux conditions de travail à bord (a), d'autre part, celles qui concernent les règles de rémunération et le régime de protection sociale (b).

Elle peut être comparée à celles de la Cour constitutionnelle allemande et de la Cour de justice des communautés européennes, confrontées quelques années plus tôt à des questions du même ordre (2) ».

[...] « 2) **La décision du Conseil constitutionnel au regard de celle de la cour constitutionnelle allemande** et de la Cour de justice des communautés européennes.

La cour constitutionnelle allemande a statué sur la constitutionnalité de la loi fédérale du 23 mars 1989 créant le registre international allemand, et notamment sur la conformité de cette loi au principe d'égalité (10 janvier 1995, 1 BvF 1/90, 1 BvR 342, 348/90).

À cette occasion, elle a jugé que : "Les relations de travail des marins visés et qui travaillent sur des navires allemands servant au trafic maritime international sont toutefois également caractérisées par le fait que ces marins doivent exécuter les mêmes tâches que les marins allemands, et ce, sous les mêmes conditions. Cependant, tandis que les marins domiciliés ou avec résidence permanente sur le territoire national doivent subvenir en Allemagne à leurs besoins et à ceux de leurs familles, les marins étrangers dépensent la majeure partie de leur paie à l'étranger. Le niveau général de vie et, par conséquent, le coût de la vie quotidienne y sont nettement inférieurs à ceux en Allemagne. Les paies versées dans les pays d'origine sont adaptées au niveau de paie habituelle dans ces pays et correspondent aux conditions économiques et sociales locales.

À l'occasion d'un état des faits qui, a priori, ne présente qu'un lien limité avec l'Allemagne et sur lequel les conditions du marché international du travail ont un impact particulièrement important, ces différences justifient la différenciation opérée par la loi examinée".

La simple lecture de ces motifs, comme de l'ensemble de l'arrêt, permet de mesurer la similitude des critères retenus par la Cour de Karlsruhe et le Conseil constitutionnel et de la convergence de leurs analyses ».

Enfin, au-delà d'une étude de droit comparé sur les « conditions de nationalité pour le commandant et les équipages des navires européens sous second registre ou sous premier registre équivalent » à la page 18 du **dossier**

documentaire, on peut retrouver les passages de la décision allemande qui ont intéressé le Conseil Constitutionnel aux pages 27 à 29.

Le Conseil a réellement eu recours à une comparaison de jurisprudence afin d'élaborer sa propre décision. On peut ici remarquer que la décision allemande a eu une place importante dans le raisonnement juridique du Conseil.

7/ Décision n° 2005-530 DC

Cons. Const., Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006

Dans le **Commentaire de la Décision** à la page 14 figure une référence explicite à une décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande :

*« S'il n'a pas été aussi loin que le **tribunal constitutionnel allemand, pour lequel l'impôt ne doit pas absorber plus de la moitié des revenus (BvG 37/91, 22 juin 1995)**, le Conseil constitutionnel a condamné l'impôt spoliateur [...] ».*

Dans le **dossier documentaire** figure sur le Plafonnement des impôts directs un renvoi à une décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (p. 14).

➤ Décision n° 2BvL 37/9 du 22 juin 1995, seconde chambre

Cette référence permet d'observer les limites constitutionnelles allemandes à l'impôt sur la fortune telles qu'interprétées par la Cour constitutionnelle fédérale allemande et de positionner la jurisprudence du Conseil constitutionnel par rapport à une décision étrangère.

8/ Décision n° 2007-554 DC

Cons. Const., Décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs

À la page 4 de la **saisine par 60 députés** figure un renvoi à une décision de la Cour suprême américaine : *« **L'exemple des États-Unis est ici intéressant. En effet, les dispositions générales du code fédéral sur les condamnations réduisent considérablement la liberté d'appréciation du juge, puisque celui-ci a l'obligation de prononcer une peine correspondant à des directives fédérales, établies par une agence indépendante et approuvées par le Congrès. Rédigées à partir de l'analyse de la jurisprudence, ces directives déterminent la nature et le quantum des peines applicables à environ 2 000 infractions. Or, le 12 janvier 2005, la Cour suprême a décidé que l'application obligatoire des directives fédérales violait le droit d'être jugé par un jury, prévu par la Constitution. Depuis lors, les directives n'ont plus qu'une valeur indicative.***

Il faut inférer de cette décision de la Cour Suprême américaine que l'encadrement du pouvoir du juge ne peut l'être de façon impérative par le législateur ou, pire encore, par voie administrative. Sauf à violer son rôle tel que constitutionnellement défini ».

L'évocation de la jurisprudence américaine permet d'illustrer la limite à l'encadrement du pouvoir du juge aux États-Unis.

9/ Décision n° 2007-555 DC

Cons. Const., Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat

À la page 4 de la **saisine des 60 députés** figure une référence à la jurisprudence constitutionnelle allemande : « *Un raisonnement uniquement fondé sur la variation du taux de plafonnement ne serait pas opératoire dès lors que les revenus et surtout les impositions prises en compte pour le calcul du droit à restitution ne seraient pas pris en compte. Ainsi, la référence constante (voir Assemblée nationale, Rapport n° 62 sur le projet de loi « Travail, emploi et pouvoir d'achat », Gilles Carrez au nom de la Commission des finances, p. 242) aux décisions de la Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe qui, dans une décision du 22 juin 1995, a considéré que le total de l'impôt sur le revenu et de l'impôt de solidarité sur la fortune ne peut excéder 50 % des revenus du contribuable, ne peut être retenue dès lors que la somme des impositions concernées est beaucoup plus restreinte* ».

Cette référence sera prise en compte par le Conseil. Cela ressort notamment de la présence à la page 25 du **dossier documentaire** d'une partie consacrée à la jurisprudence allemande évoquée par le Gouvernement : « – **Jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande - Décision n° 2BvL 37/9 du 22 juin 1995, seconde chambre** ²

Considérations principales de la décision :

«1. Lorsque le législateur prévoit pour toute la fortune imposable un taux d'imposition unitaire, une imposition égale ne peut être assurée que par les assiettes d'imposition applicables aux différentes unités économiques, lesquelles doivent être évaluées individuellement. L'assiette d'imposition doit par conséquent se référer d'une manière adéquate à la capacité de rendement des unités économiques et refléter leurs valeurs respectives d'une manière conforme à la réalité.

2. Les limites constitutionnelles à l'imposition de la fortune par la voie des impôts sur le revenu et sur la fortune limitent l'imposition de la capacité de rendement de la fortune. Les différenciations imposées par le principe d'égalité

doivent s'orienter à cette limite tracée à l'intégralité des charges imposées à la fortune.

3. L'impôt sur la fortune ne peut s'ajouter aux autres impôts sur le revenu pour autant que, tout en adoptant une appréciation standardisée des revenus, des charges déductibles et des autres allègements fiscaux, la charge fiscale totale du rendement prévu demeure proche d'un partage pour moitié entre les individus et la collectivité.

4. En tenant compte des charges qui s'imposent déjà à la fortune, le législateur fiscal est tenu de protéger contre un impôt sur un rendement prévu au moins la base économique nécessaire pour la vie personnelle.

5. Dans la mesure où des personnes assujetties à l'impôt sur la fortune ont pu, dans le cadre de leur mariage ou de leur famille, compter sur le fait qu'elles disposeraient d'une base économique commune et plus élevée pour mener leur vie individuelle, la protection du mariage et de la famille (article 6, alinéa 1 LF) impose au législateur fiscal de respecter la continuité de ces biens conjugaux et familiaux.»

² Traduction : Olivier JOOP »

Cette référence permet d'observer les limites constitutionnelles allemandes à l'impôt sur la fortune telles qu'interprétées par la Cour constitutionnelle fédérale allemande et de positionner la jurisprudence du Conseil constitutionnel par rapport à une décision étrangère.

10/ Décision n° 2008-562 DC

Cons. Const., Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

À la page 4 des **observations du Gouvernement** figure une référence aux législations étrangères sur la nature de la rétention de sûreté dans les pays disposant d'un système similaire : « On peut enfin observer que la rétention de sûreté instituée par la loi déférée est très voisine de mesures adoptées par des législations étrangères et qui ne sont pas regardées comme des peines

[...] Il doit être souligné, s'agissant de cette mesure, que la **Cour constitutionnelle allemande**, saisie par une personne condamnée avant la réforme de 1998 puis placée en détention-sûreté et qui estimait que la suppression de la limitation de durée ne devait pas la concerner, a clairement **jugé, par une décision du 5 février 2004 qu'il s'agissait d'une mesure de sûreté et non d'une peine.**

Ces éléments de droit comparé, qui inspirent en partie le mécanisme de la rétention de sûreté tel qu'il est organisé par la loi déferée, montrent que dans des États voisins dont le système juridique est proche du système français, des mesures équivalentes ont été jugées comme constitutives de mesures de sûreté et non de peines.

C'est parce que, comme pour le dispositif institué par la loi déferée, la finalité de la mesure n'est pas d'ordre punitif, mais préventif.

Pour l'ensemble de ces raisons, le Gouvernement considère, contrairement à l'argumentation développée par les saisines, que la rétention de sûreté n'est pas constitutive d'une peine ».

Le **dossier documentaire** (p. 65-96) renvoie à une décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (Décision, 5 février 2004, - 2 BvR 2029/01) traduite par Olivier JOOP ainsi qu'à une présentation de la décision par les services de la Commission de Venise (CODICES).

Dans **le Commentaire** de la décision figure l'utilisation qui a été faite de cette décision : *« Eu égard à la nature exceptionnelle de la rétention de sûreté qui conduit à une privation totale de liberté, et à la protection particulière de la liberté individuelle qui résulte de l'article 66 de la Constitution, le Conseil a mis en œuvre la plénitude des techniques de contrôle susceptibles d'être opérées sur cette mesure. À l'instar de la pratique d'autres cours constitutionnelles, notamment la Cour constitutionnelle allemande, il a vérifié que la rétention de sûreté, pour être proportionnée, satisfaisait à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict.*

Une telle mesure doit être adéquate, c'est-à-dire appropriée ou adaptée au but recherché par le législateur. Elle doit être nécessaire, ce qui signifie qu'elle ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi et que cet objectif ne pouvait être atteint par d'autres moyens moins attentatoires à la liberté. Elle doit enfin être proportionnée au sens strict : elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché.

Jusqu'à la décision n° 2007-562 DC, le Conseil n'avait jamais utilisé ensemble les trois éléments de ce triple test, mais séparément ou deux par deux ».

La décision des juges de Karlsruhe a fait l'objet d'une étude poussée, ce dont témoigne la place conséquente qui lui est accordée dans le dossier documentaire.

Le Commentaire illustre l'utilisation par le Conseil constitutionnel d'une nouvelle technique contentieuse (triple contrôle de proportionnalité) suite à l'étude de décisions jurisprudentielles constitutionnelles (sans autres précisions) et en particulier de la décision allemande.

11/ Décision n° 2008-564 DC

Cons. Const., Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés

À la page 8 du **Commentaire de la décision** figure le passage suivant :

« c) *Les limites au contrôle*

Une fois reconnue la nature de loi de transposition, le Conseil constitutionnel peut exercer son contrôle, mais celui-ci comporte deux limites :

- Première limite : dans la mesure où la loi de transposition ne fait que reprendre des dispositions inconditionnelles et précises, c'est-à-dire d'effet direct, de la directive, le Conseil constitutionnel ne s'estime pas compétent pour contrôler la conformité de la loi de transposition aux droits et libertés fondamentaux. S'il le faisait, il contrôlerait, en effet, la conformité de la directive elle-même. Or, un tel contrôle relève de la compétence exclusive de la Cour de justice des communautés européennes.

Le Conseil constitutionnel a toutefois réservé l'hypothèse où la directive serait contraire à une règle ou à un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », par exemple, le principe de laïcité. Cette réserve s'inspire directement, y compris dans sa formulation, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 232 du 13 avril 1989, Société FRAGD ».

En l'espèce la référence à une jurisprudence étrangère permet **la transposition** d'une nouvelle notion en droit français.

12/ Décision n° 2009-580 DC

Cons. Const., Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet

À la page 13 de la **Saisine par 60 députés** est mentionnée une référence au droit comparé :

*« Ce pouvoir d'appréciation de la HADOPI se retrouve enfin s'agissant de la durée de conservation des données puisqu'en vertu de l'article L.331-36, la commission " peut " conserver les données techniques " pendant la durée nécessaire à l'exercice " de ses compétences et " au plus tard, jusqu'au moment où la suspension de l'accès prévue... a été entièrement exécutée ". Il n'est pas inutile, à cet égard, de mentionner **qu'en Allemagne, la durée de conservation des données de connexions est de six mois et que la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a limité leur consultation aux infractions les plus graves telles que les abus sexuels ou les actes de terrorisme** ».*

En l'espèce le Conseil ne laisse pas apparaître d'éventuelles recherches ou utilisations de la décision allemande évoquée dans la saisine. Cela est probablement dû à l'imprécision de celle-ci.

13/ Décision n° 2010-39 QPC

Cons. Const., Décision n° 2010-39 QPC du 06 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. (Adoption au sein d'un couple non marié).

À la page 6 du **Commentaire de la décision**, figure ces passages : Dans sa décision du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a jugé « *qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* ». [...]

« Le Conseil constitutionnel s'est inspiré, dans sa rédaction, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 3 de 1956 et selon laquelle la Cour doit prendre en juste considération « l'interprétation jurisprudentielle constante qui confère au principe législatif sa valeur effective dans la vie juridique s'il est vrai – et cela est vrai – que les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces » » 14 - **Corte costituzionale, Sentenza 15 Giugno 1956, 3/1956, § 6.**

En l'espèce, le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère a permis la transposition d'une technique contentieuse.

14/ Décision n° 2012-289 QPC

Cons. Const., Décision n° 2012-289 QPC du 17 janvier 2013, M. Laurent D. (Discipline des médecins).

À la page 11 du **Commentaire de la décision** figure une partie A. intitulée « *La consécration du principe (non bis in idem ou ne bis in idem) en droit comparé* ».

On trouve dans cette partie une référence à la jurisprudence de la Cour suprême américaine : « *Aux États-Unis, la règle relative à la double incrimination découle du cinquième amendement à la Constitution aux termes duquel : « (...) nul ne pourra se voir exposé deux fois pour la même infraction à un risque d'atteinte à sa vie ou à son intégrité physique (...)* ».

Dans l'affaire Blockburger v. United States, 284 U.S. 299 (1932), la Cour suprême a adopté l'interprétation suivante :

« L'article 1 de la loi sur les stupéfiants érige en infraction la vente de médicaments prohibés lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans leur emballage

*cacheté original ou n'en proviennent pas ; l'article 2 érige en infraction la vente de tels médicaments à une personne qui ne présente pas de prescription écrite. Par conséquent, à première vue, la loi crée deux infractions distinctes. En l'espèce, il n'y a eu qu'une seule vente et la question est donc de savoir si, les deux dispositions ayant été enfreintes par le même acte, l'accusé a commis deux infractions ou une seule. (...) Pour chacune des infractions prévues par la loi, il faut prouver un élément différent. La règle applicable est la suivante : lorsque le même acte ou la même transaction emporte violation de deux dispositions légales distinctes, pour déterminer si deux infractions ou une seule ont été commises, il faut rechercher si chaque disposition exige que soit administrée la preuve d'un fait supplémentaire par rapport à l'autre (...) [N]otre Cour cite et adopte les termes de la Cour suprême du Massachusetts dans l'affaire *Morey v. Commonwealth*, 108 Mass. 433 : « Un acte unique peut enfreindre deux lois ; et si chaque loi exige d'apporter la preuve d'un fait supplémentaire par rapport à l'autre, un acquittement ou une condamnation en vertu d'une des deux lois ne met pas l'accusé à l'abri de poursuites ou d'une peine sur le fondement de l'autre ».- CEDH, 10 février 2009, *Zolotoukhine contre Russie*, requête n° 14939/03, § 42.*

L'on peut également retrouver cette citation à la page 29 du **dossier documentaire** attaché à la décision.

Le Commentaire liste l'ensemble des références de droit comparé faisant figurer le principe *non bis in idem*. Il y a évocation de la conception américaine de ce principe, mais ce qui est le plus étonnant c'est que cette référence n'est faite que par l'intermédiaire d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.

15/ Décision n° 2012-297 QPC

Cons. Const., Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité (Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle)

Aux pages 14 et 15 du **Commentaire de la décision** figurent une partie D intitulée « *La laïcité et le financement des cultes en droit comparé* ».

Au-delà de la référence aux dispositions constitutionnelles européennes, on trouve dans cette partie une référence indirecte à **la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis par l'intermédiaire de la doctrine** :

« – *Aux États-Unis, le Premier amendement de la Constitution prévoit que « le Congrès ne fera aucune loi pour conférer un statut institutionnel à une religion (aucune loi) qui interdise le libre exercice d'une religion (aucune loi) qui restreigne la liberté d'expression... »*

Comme l'indique le professeur Pascal Mbongo, « en interdisant au Congrès de reconnaître ou d'institutionnaliser une religion quelconque (Establishment

Clause) – prescription opposable également aux pouvoirs publics dans les États en application de la clause d'égalité de protection des droits du XIV^{ème} amendement

– et de mettre en cause le libre exercice de la religion (Free Exercise Clause), le Premier amendement définit une double neutralité de l'État entre les différentes croyances religieuses et entre les croyants et les non-croyants : "(...) the First Amendment mandates government neutrality between religion and religion, and between religion and non religion" (**McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky**, 2005).

« **L'Establishment Clause est appréciée par les tribunaux selon les critères définis par la Cour suprême dans son arrêt Lemon v. Kurtzman (1971).** Le Lemon test veut qu'il y ait violation de l'Establishment Clause par les pouvoirs publics : soit parce que l'acte ou l'action contesté(e) est dépourvu(e) d'une visée laïque légitime ; soit parce que l'acte ou l'action contesté(e) a pour conséquence de promouvoir ou d'inhiber une croyance religieuse ; soit parce que l'acte ou l'action contesté(e) favorise un enchevêtrement excessif avec la religion. Le Lemon test a été "complété" par deux autres critères. Le premier de ces critères – l'Endorsement Approach ou l'Endorsement test – considère que "ce qui est fondamental c'est qu'une action des pouvoirs publics n'ait pas pour effet de donner à penser que l'État adoube ou désapprouve une croyance religieuse" (**Sandra Day O'Connor, Lynch v. Donnelly**, 2004). L'autre critère – le Coercion test – s'attache à vérifier si les pouvoirs publics ont exercé ou non une "pression coercitive" sur un individu afin que celui-ci soutienne un culte ou s'affilie religieusement (**Cour suprême : Lee v. Weisman**, 1992 – **Santa Fe Independent School Dist. v. Doe**, 2000) ».- P. Mbongo, « De l'atteinte à la séparation des églises et de l'État par un établissement public scolaire ayant organisé sa cérémonie de remise des diplômes dans une église. **Arrêt de la cour d'appel fédérale pour le 7^{ème} circuit : John Doe v. Elmbrook School District** », 26 juillet 2012 ».

La référence au droit comparé est informelle : on observe comment évolue le concept de laïcité de l'État en droit comparé.

16/ Décision n° 2013-314 P

Cons. Const., Décision n° 2013-314P QPC du 04 avril 2013, M. Jeremy F. (Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne)

À la page 9 du **Commentaire de la décision** figure une partie D intitulée « Le mandat d'arrêt européen et les cours constitutionnelles étrangères ».

Il est fait mention de plusieurs décisions de juridictions constitutionnelles étrangères, par exemple :

- **Décision du 27 avril 2005, la Cour constitutionnelle polonaise** a jugé la loi nationale contraire à la Constitution.
- **Décision du 18 juillet 2005, la Cour constitutionnelle fédérale allemande** a jugé que la loi de transposition qui lui était soumise était contraire à la Loi fondamentale.
- **Décision du 7 novembre 2005, la Cour suprême chypriote** a également jugé contraire à la Constitution l'extradition de ses nationaux.
- **Décision de la Cour d'arbitrage belge**, a adressé le **13 juillet 2005** deux questions préjudicielles à la CJUE sur la validité de la décision-cadre.
- *« Le Tribunal constitutionnel espagnol a demandé à titre préjudiciel à la CJUE d'interpréter le paragraphe 1 de l'article 4 bis de la décision-cadre et de préciser si un État membre peut refuser d'exécuter un MAE sur le fondement de l'article 53 de la charte des droits fondamentaux pour un motif tiré de la violation des droits fondamentaux de la personne concernée également garantis par la Constitution nationale ».*
- *« La Cour suprême de Finlande (Korkein oikeus) a également interrogé la CJUE sur l'interprétation de l'article 28 de la décision-cadre (autorisation ultérieure de remise à un État tiers) en cas de remises successives ».*

Ces quelques références laissent à penser que le Conseil constitutionnel a mené une véritable étude de législation et de jurisprudence comparée sur la question du mandat d'arrêt européen.

Le Conseil analyse comment les autres cours constitutionnelles européennes ont réagi par rapport à la décision-cadre concernant le mandat d'arrêt européen.

17/ Décision n° 2013-336 QPC

Cons. Const., Décision n° 2013-336 QPC du 1er août 2013, Société Natixis Asset Management, (Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques)

À la page 7 du **Commentaire de la décision** figure ce passage : *« Dans ces décisions, le Conseil constitutionnel s'est inspiré de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 3 de 1956 et selon lequel la Cour doit prendre en juste considération « l'interprétation jurisprudentielle constante qui confère au principe législatif sa valeur effective dans la vie juridique s'il est vrai – et cela est vrai – que les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces » »*¹²-Corte costituzionale, **Sentenza 15 Giugno 1956, 3/1956, § 6.**

Mention imprécise d'un argument de jurisprudence constitutionnelle comparé à la page 8 du **Commentaire de la décision** : « *Les juridictions ont d'ailleurs tenté de limiter les conséquences de la rétroactivité de leur jurisprudence grâce à une modulation des effets de leurs décisions. Ainsi, le Conseil d'État dans son arrêt d'Assemblée du 11 mai 2004, Association AC ! s'est reconnu le pouvoir de moduler dans le temps non pas la portée de sa jurisprudence, mais les effets dans le temps d'une annulation. [...]* »

*Le Conseil constitutionnel a fait de même dans sa décision OGM en juin 2008¹⁵ avant que le Constituant ne lui reconnaisse expressément ce pouvoir dans le cadre du contrôle a posteriori des lois. **La modulation des effets de la jurisprudence est bien connue et pratiquée aux États-Unis, particulièrement par la Cour suprême américaine.** En effet, la Cour suprême des États-Unis et les cours suprêmes des États ne sont pas liées par leurs décisions antérieures. L'overruling (revirement de jurisprudence) est admis si une décision précédente est jugée erronée. En revanche, le **prospective overruling permet de dégager une règle nouvelle tout en appliquant l'ancienne afin d'éviter les effets négatifs de la rétroactivité de la nouvelle règle.** Cette technique est appliquée dans certains domaines tels la propriété ou les contrats, pour lesquels la Cour juge que la protection de la confiance légitime est déterminante.*

Une référence aussi imprécise ne permet pas de savoir s'il y a eu transposition, inspiration ou simple regard sur la jurisprudence américaine.

En l'espèce, le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère a permis la transposition d'une technique contentieuse.

18/ Décision n° 2013-669 DC

Cons. Const., Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

À la page 4 de **la saisine par 60 sénateurs** figure une référence imprécise de jurisprudence constitutionnelle espagnole : « *Depuis plus de deux siècles, aucune loi n'a d'ailleurs touché à la définition du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme en vue de créer une famille. Ainsi, on ne peut remettre en cause le mariage qu'en vertu de la Constitution. C'est d'ailleurs, ce qui s'est produit en Espagne ; la Cour constitutionnelle espagnole a rendu un arrêt sur la constitutionnalité du mariage homosexuel, en jugeant que le mariage pouvait être modifié, étant donné que la Constitution avait prévu cette éventualité, par son article 32* ».

À la page 3 des **Observations du Gouvernement** figure une référence imprécise à la jurisprudence constitutionnelle allemande :

« Il est évident que la plupart des observations ci-dessus mentionnées n'auraient pas eu lieu s'il s'agissait d'une Union civile (comme ce qui est le cas en Allemagne à la suite de la **décision de la cour de Karlsruhe**) ».

Une **annexe au dossier documentaire** est entièrement consacrée à la jurisprudence constitutionnelle comparée où figurent les décisions :

- **Cour constitutionnelle de Belgique, 1^{er} mars 2012, n° 5134**
- **Tribunal constitutionnel d'Espagne, décision 198/2012, 6 novembre 2012**
- **Tribunal constitutionnel du Portugal, n° 121/2010, 9 avril 2010**

Le Conseil a mené en l'espèce une réelle étude de jurisprudence et de législation comparée afin de **connaître la situation et la position des autres cours constitutionnelles** sur une question de société.

19/ Décision n° 2013-682 DC

Cons. Const., Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014

À la page 7 du **Commentaire de la décision**, il est fait référence de manière imprécise à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande : « *La sécurité juridique et la confiance légitime sont reconnues comme des principes constitutionnels dans divers États de l'Union européenne. Il en va particulièrement ainsi en droit allemand où ce sont, pour la Cour de Karlsruhe, des éléments constitutifs essentiels de l'État de droit. La sécurité juridique exige, selon la Cour, la stabilité de l'ordre juridique et la prévisibilité de l'action juridique. Elle s'oppose avec la confiance légitime à la rétroactivité des lois et règlements, sauf cas exceptionnels notamment si l'intérêt de la collectivité l'emporte largement sur les intérêts individuels. Elle s'oppose aussi à ce qu'une norme s'applique immédiatement à des situations de fait préexistantes, hypothèse qualifiée de "pseudo-rétroactivité"* ».

Le Conseil renvoie à la vision allemande du principe de sécurité juridique.

II.- Les références non mentionnées de jurisprudence constitutionnelle comparée

Il s'agit de mettre en évidence des éléments que le Conseil constitutionnel a pu regarder pour ses décisions, mais qu'il s'est refusé à reprendre dans les documents officiellement mis en ligne (Commentaire ou dossier documentaire). L'influence d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère est ici soit affirmée par la doctrine, soit supposée au travers de la présence d'une étude de législation comparée.

1/ Décisions n^{os} 74-54 DC et 2001-446 DC

Cons. Const., Décision n^o 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse

Cons. Const., Décision n^o 2001-446 DC du 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception

O. Dutheillet de Lamothe dans son intervention au Sixième congrès mondial de droit constitutionnel, tenu à Santiago du Chili le 16 janvier 2004, intitulé « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel » recense les décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel n'a pas fait de référence explicite à une jurisprudence constitutionnelle étrangère qui a pourtant joué un rôle dans la construction du raisonnement juridique :

« Toutes les Cours constitutionnelles ont été confrontées, d'abord dans les années 70, puis dans la période récente à l'évolution de la législation sur l'interruption volontaire de grossesse. Sur ce problème de société, elles se sont toutes référées aux pratiques étrangères. C'est ce qu'a fait le Conseil constitutionnel français tant dans sa décision du 15 janvier 1975 que dans celle du 27 juin 2001 (...) »

Les Cours constitutionnelles se sont divisées, à l'origine, en trois catégories : celles qui privilégient le principe du libre choix de la mère : c'est le cas de la Cour Suprême des États-Unis par sa décision de 1973 Roe vs Wade. (...)

Celles qui, au contraire, accordent une place dominante au principe de la protection de l'être humain dès le début de la vie : c'est le cas de la Cour constitutionnelle allemande, dont la décision de 1975 annule une législation autorisant l'avortement dans les 12 premières semaines de la grossesse pour violation du droit à la vie établi à l'article 2, alinéa 2, de la loi fondamentale.

Celles, enfin, qui évitent de se prononcer sur la portée du principe du respect de l'être humain dès le commencement de la vie : c'est le cas de la France et de l'Italie dans la mesure où la Constitution ne comprend aucune norme explicite garantissant le droit à la vie ;

*(...) 20 ans plus tard, les positions extrêmes adoptées par la Cour Suprême des États-Unis, d'une part, et la Cour de Karlsruhe, d'autre part, tendent à se rejoindre : la Cour allemande a rendu une **décision en 1993 qui donne plus de place à la libre détermination de la mère par rapport au principe du respect de la dignité humaine dû à l'enfant à naître**, puisqu'elle accepte le principe de la **dépénalisation de l'I.V.G. pendant les douze premières semaines** ; de son côté, la Cour Suprême des États-Unis a **jugé en 1992 qu'il peut être accordé aux États un droit d'intervention plus grand dans la réglementation de l'avortement en rejetant le cadre trimestriel adopté dans Roe vs Wade et en redonnant aux États le pouvoir de réglementer, sans violer la Constitution, les conditions d'une interruption de grossesse avant la viabilité du fœtus.***

Le regard sur la jurisprudence comparée semble d'autant plus probable pour la décision de 2001 qu'est présent dans les **Observations du Gouvernement** un aperçu de législation comparée : *« En adoptant cette mesure, le législateur a entendu régler certaines situations particulières de détresse qui conduisent chaque année environ 5000 femmes à se rendre dans l'un des nombreux pays étrangers dans lesquels le délai légal est supérieur à celui qui était jusqu'ici retenu en France. Il est en effet de **douze semaines en Allemagne, en Autriche, en Belgique, au Danemark, en Finlande, en Grèce, en Italie et au Portugal. Il est de 18 semaines en Suède, de 22 semaines aux Pays-Bas et même de 24 semaines en Grande-Bretagne.** C'est donc à un alignement sur le délai le plus communément admis que procède la loi ».*

2/ Décision n° 83-165 DC

Cons. Const., Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, Loi relative à l'enseignement supérieur

O. Dutheil de Lamothe dans son intervention au Sixième congrès mondial de droit constitutionnel, tenu à Santiago du Chili le 16 janvier 2004, intitulé « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel » recense les décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel n'a pas fait de référence explicite à une jurisprudence constitutionnelle étrangère qui a pourtant joué un rôle dans la construction du raisonnement juridique :

*« (...) la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de la garantie d'indépendance des professeurs d'université. Pour consacrer cette indépendance comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, **le Conseil constitutionnel s'est directement inspiré de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande qui, par une décision du 24 mai 1973, a déduit de***

l'article 5 de la Constitution allemande l'affirmation de la liberté de l'enseignement dans le supérieur et de l'autonomie institutionnelle des Universités ».

3/ Décisions n^{os} 85-196 DC, 86-208 DC et 86-218 DC

Cons. Const., Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie

Cons. Const., Décision n° 86-208 DC du 2 juillet 1986, Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales

Cons. Const., Décision n° 86-218 DC du 18 novembre 1986, Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés

B. Genevois dans un article intitulé « L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux » paru dans le n° 112 de la revue juridique « *Les Petites Affiches* » le 4 juin 2008 affirme l'influence du Conseil constitutionnel par les décisions d'autres cours constitutionnelles :

« On peut évoquer de ce chef des problématiques inhérentes au droit électoral telles qu'elles se sont posées au Conseil constitutionnel.

Ce dernier a par exemple été confronté au problème du contrôle de la délimitation des circonscriptions électorales et des écarts de représentation entre circonscriptions. En la matière, la jurisprudence du Conseil d'État relative au remodelage des circonscriptions cantonales avait seulement posé en principe que le gouvernement se devait de ne pas accroître les disparités qui existaient auparavant entre les cantons les plus peuplés et les cantons les moins peuplés d'un département. La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis avait ouvert quant à elle des perspectives plus novatrices depuis l'arrêt du 26 mars 1962, Baker c/ Carr (Cf. E. Zoller, Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, PUF, 2000, p. 625 ; RDP. 1967. 712.) qui a affirmé la compétence des tribunaux pour contrôler les écarts numériques de représentation et même, les découpages partisans, avec l'arrêt du 30 juin 1986 Davis c/ Bandemer. En Allemagne fédérale, la Cour constitutionnelle s'est attachée, depuis un arrêt du 22 mai 1963, à assurer une égale représentation des électeurs (Cf. J. Béguin, Pouvoirs, no 22, p. 133).

Il n'est pas douteux que les expériences étrangères aient influé sur l'orientation donnée par le Conseil constitutionnel à sa jurisprudence en 1985 et 1986 (Cf. Cons. const., 8 août 1985, déc. no 85-196 DC, Rec. Cons. const., p. 63 ; AJC 1985. 425 ; 1er-2 juillet 1986, déc. no 86-208 DC, Rec. Cons. const., p. 78 ; 18 novembre 1986, déc. no 86-218 DC ; AJC 1986. 449). (...)

Par une première décision (86-208 DC), le Conseil constitutionnel a d'abord eu à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi qui, tout en rétablissant le scrutin uninominal majoritaire à un ou deux tours, autorisait le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales.

(...) Au même moment, la Cour suprême des États-Unis a rendu son arrêt du 30 juin 1986, Davis c/ Bandemer. Dans une opinion séparée le juge Powell a montré que non seulement les tribunaux sont compétents pour contrôler la délimitation, mais que, de plus, ils peuvent se fonder dans leur contrôle sur un ensemble de preuves : forme des circonscriptions ; conformité à la tradition ; intérêts communs de la population ; procédure utilisée pour élaborer le découpage.

Cette grille d'analyse a été très utile lorsque, du fait du refus du Président de la République de signer le projet d'ordonnance de délimitation, le Conseil constitutionnel a statué sur la loi qui reprenait le contenu de l'ordonnance, par sa décision n° 86-218 DC du 18 novembre 1986 (cons. 8). Le Conseil constitutionnel a rappelé cependant qu'il n'avait pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement et qu'il ne lui appartenait pas de rechercher si les circonscriptions avaient "fait l'objet de la délimitation la plus équitable possible" ».

4/ Décision n° 88-242 DC

Cons. Const., Décision n° 88-242 DC du 10 mars 1988, Loi organique relative à la transparence financière de la vie politique

B. Genevois dans un article intitulé « L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux » paru dans le n° 112 de la revue juridique « *Les Petites Affiches* » le 4 juin 2008 affirme l'influence du Conseil constitutionnel par les décisions d'autres cours constitutionnelles :

« En matière de financement des campagnes électorales, l'arrêt de la Cour suprême rendu dans l'affaire Buckley c/ Valeo n'a pas pleinement emporté la conviction du Conseil constitutionnel. Ayant à se prononcer en 1988 sur la constitutionnalité de la loi organique relative à la transparence financière de la vie politique le juge constitutionnel a certes adhéré à une partie du raisonnement de la Cour suprême et en particulier à l'idée selon laquelle la loi peut prévoir un plafonnement des contributions » pour que la corruption (réelle ou supposée) inhérente à un système permettant des contributions financières illimitées soit traitée de manière efficace ».

Mais en sens opposé, la philosophie qui sous-tend la jurisprudence de la Cour suprême a suscité l'inquiétude en ce qu'elle fait prévaloir l'exigence de la liberté d'expression sur la limitation des dépenses électorales. Selon la Cour en

effet : « Dans la société libre établie par notre Constitution, ce n'est pas le gouvernement, mais le peuple – individuellement, en tant que citoyens et candidats et collectivement en tant qu'associations et comités politiques – qui doit garder le contrôle sur l'ampleur et l'étendue du débat politique sur les questions d'intérêt public au cours des campagnes électorales ».

Le Conseil constitutionnel admet au contraire plus largement l'action des pouvoirs publics. Selon le 26e considérant de la décision n° 88-242 DC du 10 mars 1988 : les dispositions de la Constitution « ne font pas obstacle à ce que l'État accorde une aide financière aux candidats aux élections, que ceux-ci se réclament ou non de partis ou groupements politiques ; que l'aide apportée par l'État peut revêtir la forme aussi bien de la prise en charge de certaines dépenses que l'octroi d'exonérations fiscales destinées à favoriser les concours financiers de la part des contribuables ; que toutefois, l'aide allouée aux candidats doit, pour être conforme au principe d'égalité, obéir à des critères objectifs ; qu'en outre, quel que soit le mécanisme d'aide retenu, il ne doit conduire, ni à établir un lien de dépendance d'un candidat ou d'un parti politique à l'égard de quiconque contribue au financement de ses dépenses, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions, ni à enrichir une personne physique ou morale ».

Alors que la Cour suprême s'était placée dans une perspective essentiellement libérale, le Conseil constitutionnel retient une conception égalitaire ».

5/ Décision n° 2001-445 DC

Cons. Const., Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature

- Rapport fait à Strasbourg le 19 mars 2007, intitulé « La situation actuelle dans les États membres du Conseil de l'Europe disposant d'un Conseil Supérieur de la Magistrature ou d'un organe équivalent » de Martine Valdès-Boulouque, à l'attention du Conseil consultatif des juges européens¹ ;

- Rapport annuel de 2005 sur les Conseils de la Justice (Source : document du Conseil supérieur de la Magistrature - France)² ;

Ces rapports fournissent une étude de législation comparée en ce qui concerne les fonctions, la composition et le statut des membres d'un Conseil

¹ Voir le rapport en ligne sur le site du Conseil de l'Europe [[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2007\)3&Language=lanFrench&Ver=original&Site=DGHL-Judges-CCJE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2007)3&Language=lanFrench&Ver=original&Site=DGHL-Judges-CCJE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3)]

² Voir le rapport en ligne sur le site du Conseil de l'Europe [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/CSM-France-TR10_fr.pdf]

Supérieur de la Magistrature ou d'un organe équivalent. Ces rapports ont certainement dû être consultés par le Conseil constitutionnel et ainsi impliquer une étude de la jurisprudence constitutionnelle étrangère.

6/ Décision n° 2003-484 DC

Cons. Const., Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité

O. Dutheil de La Mothe dans son intervention au Sixième congrès mondial de droit constitutionnel, tenu à Santiago du Chili le 16 janvier 2004, intitulé « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel » recense les décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel n'a pas fait de référence explicite à une jurisprudence constitutionnelle étrangère qui a pourtant joué un rôle dans la construction du raisonnement juridique :

« [...] **le Conseil constitutionnel a été amené, pour apprécier la conformité de la loi à la Constitution, à tenir compte de l'état du droit dans les autres États membres, notamment en ce qui concerne les délais de rétention administrative** ».

Cela se confirme notamment par la référence dans les **Observations du Gouvernement** à une étude de législation comparée : « *On doit insister, à cet égard, sur la singularité de la situation française. Tous les autres États membres de l'Union européenne ont, en effet, institué des délais de rétention notablement plus longs que la France. Au Danemark, les autorités compétentes disposent de 28 jours - soit plus du double de la durée maximale aujourd'hui autorisée en France en vertu de l'ordonnance du 2 novembre 1945 -. Le délai maximum de rétention est de 40 jours en Espagne. Il est d'environ 2 mois en Irlande, au Portugal et en Italie. Il est de 3 mois en Grèce et au Luxembourg, de 5 mois en Belgique, de 6 mois en Autriche. Il atteint 18 mois en Allemagne. Trois pays de l'Union européenne, enfin, ne connaissent aucune limitation de la durée de la rétention : il s'agit de la Finlande, des Pays-Bas et de la Grande-Bretagne* » qui se trouve reprise dans le **Commentaire de la décision** à la page 12 : « *Le régime de la rétention administrative est ainsi rendu plus strict que par le passé, tout en restant beaucoup plus libéral que dans les autres États membres de l'Union européenne. Ainsi, la durée maximale de la rétention administrative est de 18 mois en Allemagne, de 6 mois en Autriche, de 5 mois en Belgique, de 40 jours en Espagne, de 3 mois en Grèce, de 8 semaines en Irlande, de 60 jours en Italie et au Portugal, de deux mois renouvelables en Suède et cette durée est illimitée au Royaume-Uni et aux Pays-Bas. Seul le Danemark, avec 28 jours au maximum de rétention, se montrerait aussi respectueux que la France de la liberté individuelle des étrangers faisant l'objet de mesures d'éloignement* ».

7/ Décision n° 2003-487 DC

Cons. Const., Décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité

Dans le **dossier documentaire** figure de la page 23 à 26 une étude de législation comparée intitulée « PARTIE IV : COMPARAISONS INTERNATIONALES » et qui comprend : « La protection sociale en Europe 2001 » et « La réforme de l'aide sociale aux États-Unis ».

8/ Décision n° 2003-489 DC

Cons. Const., Décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003, Loi de finances pour 2004

O. Dutheillet de Lamothe dans son intervention au Sixième congrès mondial de droit constitutionnel, tenu à Santiago du Chili le 16 janvier 2004, intitulé « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel » recense les décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel n'a pas fait de référence explicite à une jurisprudence constitutionnelle étrangère qui a pourtant joué un rôle dans la construction du raisonnement juridique : « [...] *le Conseil constitutionnel a été amené à trancher, pour la première fois, la question de principe de savoir si le principe d'égalité, qui oblige à traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, impose, de façon symétrique, de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes. [...] le Conseil constitutionnel s'est référé à la position prise par les autres Cours Suprêmes. On sait que celles-ci se sont divisées sur cette question, puisque la Cour de Justice des Communautés européennes, la Cour constitutionnelle allemande et le Tribunal constitutionnel espagnol estiment que le principe d'égalité impose que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale alors que la Cour Suprême des États-Unis et la Cour constitutionnelle italienne estiment que les différences matérielles peuvent justifier des traitements juridiques différents, mais ne les exigent pas* ».

9/ Décision n° 2004-492 DC

Cons. Const., Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

Informations de législation comparée et non de jurisprudence constitutionnelle comparée, mais ces informations ont probablement été accompagnées d'une **étude de jurisprudence comparée** :

Commentaire de la décision :

Page 2 : « L'infiltration existe dans la plupart des **législations des États européens** »

Page 8 : « mise en place de dispositifs techniques ayant pour objet, à l'insu et sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation ou la transmission de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de fixer leur image. [...] »

Préoccupante par ses implications, cette méthode constitue cependant, comme l'enseigne **l'expérience de pays comparables aux nôtres** (États-Unis, Grande-Bretagne, Allemagne, Pays-Bas), un outil indispensable de démantèlement des groupes criminels organisés.

La législation de la grande majorité des pays européens prévoit le recours à de tels dispositifs. Régulièrement sollicitées dans le cadre de l'entraide pénale internationale, en particulier par la Grande-Bretagne, l'Allemagne et l'Italie, les autorités judiciaires françaises ne pouvaient répondre favorablement à de telles demandes (les plus fréquentes concernant la sonorisation de véhicules utilisés par des trafiquants de stupéfiants ou par les réseaux de traite des êtres humains). »

Observation du Gouvernement :

« On peut noter que **la législation de la grande majorité des pays européens** prévoit le recours à de tels dispositifs. Régulièrement sollicitées dans le cadre de l'entraide pénale internationale, en particulier par la Grande-Bretagne, l'Allemagne et l'Italie, les autorités judiciaires françaises ne peuvent, faute de cadre légal, répondre favorablement à ces demandes qui concernent le plus fréquemment des sonorisations de véhicules utilisés par des trafiquants de stupéfiants ou par des membres de réseaux de traite des êtres humains. »

Saisine de 60 députés :

« Le "plaider coupable" ainsi institué, indéniablement dépourvu des garanties qui existent dans d'autres pays - **dont les États-Unis** - pour des procédures de même nature, se traduira par un accord entre le ministère public - le procureur - et la partie comparaissant assistée de son avocat ».

10/ Décision n° 2006-540 DC

Cons. Const., Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

Dans le dossier complet attaché à la décision figure un **tableau de comparaison des transpositions** d'une directive par certains États membres de l'union ainsi qu'un **tableau de transposition** par le Conseil Constitutionnel **par considérant**.

Il y a donc eu une véritable **étude de transposition comparée** dans l'instruction de cette décision.

Dans la **réplique par les 60 députés** figure une référence à l'existence d'un regard de droit comparé : « *La prétendue obligation communautaire de transposition est inexistante, comme la **décision de plusieurs pays de ne pas transposer** cette disposition et le projet de certains l'ayant fait de revenir en arrière (par exemple : l'Allemagne, la Grande-Bretagne, l'Irlande et la Belgique). (...)*

*Tout comme le soulignait M. Thiollière dans son rapport au Sénat " **Le législateur allemand** n'a pas jugé utile de transposer explicitement en droit interne le test en trois étapes, estimant que celui-ci constituait un rappel adressé au législateur qui doit le prendre en compte dans la délimitation des exceptions aux droits qui relèvent de sa compétence. " (Rapport n° 308 Session ordinaire 2005-2006, p. 56).*

Le rapport national de la France au XVI^{ème} Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes tenu à Vienne du 12 au 14 mai 2014 précise que la présente décision s'est inspirée de la jurisprudence d'autres cours européennes (en particulier allemande et italienne) pour transposer la technique de contrôle par rapport à la Constitution d'une norme de transposition d'une directive européenne (dont les dispositions sont inconditionnelles et précises) en cas d'atteinte à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

11/ Décision n° 2011-192 QPC

Cons. Const., Décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Mme Ekaterina B., épouse D., et autres (Secret défense)

Page 11 du Commentaire de la décision : « *S'agissant en particulier de la protection du secret de la défense, celle-ci répond à un intérêt public et constitue une **préoccupation commune à toutes les démocraties**, comme en atteste sa présence en droit international (voire notamment : article 49 du statut de la Cour internationale de justice ; article 296 du traité sur l'Union européenne ; article 72 du statut de Rome de la Cour pénale internationale). Ce secret est protégé dans la plupart des législations étrangères* ». Note de bas de page : « *Étude de législation comparée n° 35, Le secret de la défense nationale devant le juge, Sénat, Service des affaires européennes, 1er février 1998.* »

Référence de droit comparé par l'**intermédiaire des services du Sénat**.

12/ Décision n° 2011-223 QPC

Cons. Const., Décision n° 2011-223 QPC du 17 février 2012, Ordre des avocats au Barreau de Bastia, (Garde à vue en matière de terrorisme : désignation de l'avocat)

Le **Commentaire de la décision** au travers des propos des parlementaires, à la page 4, illustre un recours au droit comparé dans cette décision : « *Cette disposition, introduite sur proposition de M. Jean-Luc Warsmann, est inspirée de la législation espagnole* ».

Cette inspiration a probablement conduit le Conseil à mener une étude de législation et de jurisprudence comparée sur l'origine espagnole de la disposition. Il aura sans doute observé l'étude de Carta Europea sur la procédure en matière de terrorisme en Espagne ⁽³⁾ qui fait état notamment de plusieurs décisions du tribunal constitutionnel espagnol :

- Sentences du Tribunal constitutionnel n° 196/87, 46/88 et 60/88
- Sentence du Tribunal suprême du 11/12/1987 ; 21/03/1988 et 24/01/1985

D'autres études de *Carta Europea* de législation et de jurisprudence comparée sont également disponibles en ce qui concerne la Pologne, l'Italie et la Roumanie.

Il a probablement du regarder le rapport du Sénat en ce qui concerne l'étude comparée sur la garde à vue du 31 décembre 2009 n° 204⁴ qui fait notamment référence à la législation espagnole, mais également aux législations danoises et allemandes.

Enfin la littérature doctrinale fournissait au même moment une étude de droit comparé en ce qui concerne l'Autriche (André Giudicelli, La « garde à vue » dans la législation autrichienne, *Revue de science criminelle* 2011).

13/ Décision n° 2012-653 DC

Cons. Const., Décision n° 2012-653 DC du 9 août 2012, Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire

Aucune référence précise à une jurisprudence constitutionnelle étrangère n'est faite dans le Commentaire, pourtant le rappel de l'évolution du phénomène européen illustre que le Conseil a suivi les décisions des différentes cours constitutionnelles et notamment la cour allemande.

³ Voir le document en ligne sur le site de Carta Europea [http://www.carta-europea.com/images/droit_terrorisme/TERRORISME_EN_ESPAGNE.pdf].

⁴ Voir le document en ligne sur le site du Sénat Français [<http://www.senat.fr/lc/lc204/lc204.pdf>].

Le dossier documentaire ne contient pas de référence de droit comparé, mais un document **annexe au dossier** complet de la décision fait état d'une étude de législation comparée sur la transposition de la règle d'équilibre budgétaire du traité dans les États membres de la zone euro.

14/ Décision n° 2012-662 DC

Cons. Const., Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, Loi de finances pour 2013

Le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur le caractère confiscatoire de l'impôt. Une telle notion a été analysée par la doctrine. D'autres Cours constitutionnelles s'étant prononcées avant le Conseil, la doctrine a analysé leurs décisions. Il est fort probable que le Conseil ait pris conscience de cette littérature même s'il n'en fait pas mention dans les documents connexes à sa décision.

On relève ainsi l'analyse de décisions de la Cour Constitutionnelle fédérale allemande par les articles d'Alexandre Mangiavillano (*Commentaire Décision du Conseil constitutionnel n° 2007-555 DC, RFDC n° 2008/1, n° 73, p.104-106*) ou de Xavier Volmerange (*Chronique Allemagne, Annuaire international de justice constitutionnelle, 2006, p. 620-621*), une analyse de décisions espagnole et britannique similaires faite par Karim Sid Ahmed (*Droits fondamentaux du contribuable et procédures fiscales, étude comparative, L'Harmattan, 2008*). De même une analyse de décisions sur la même notion est donnée par le professeur Robert Danon pour la Suisse (*Droit fiscal général, semestre d'hiver 2007, Université de Neuchâtel*) et pour la Belgique par M.Bourgeois (*De l'impôt confiscatoire selon la Cour d'arbitrage. Journal des Tribunaux, 2005, p. 797-803*).

15/ Décision n° 2013-346 QPC

Cons. Const., Décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, Société Schuepbach Energy LLC (Interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures - Abrogation des permis de recherches)

La référence aux pages 3 et 4 du **Commentaire** évoque l'origine des techniques d'exploitation du gaz de schiste et renvoie aux appréciations de l'administration américaine :

« Les ressources d'hydrocarbures non conventionnels dans le monde seraient considérables. Selon l'administration américaine, la production du gaz de schiste permettrait aux États-Unis d'être dans une situation de quasi-autosuffisance énergétique en 2034. D'ores et déjà cette production est passée, entre 2006 et 2011, de 1 % à 17 % de la consommation énergétique américaine.

*L'exploitation par la fracturation hydraulique de la roche Les hydrocarbures non conventionnels sont connus depuis longtemps. **Le premier puits de gaz foré aux États-Unis en 1821 fut un puits de gaz de schiste.** Cependant, l'absence de technique rentable d'exploitation a, jusqu'à présent, empêché celle-ci. Cette problématique est renouvelée avec la technique de la fracturation hydraulique de la roche.*

Cette technique, utilisée aux États-Unis à partir de 1947, n'est pas réservée à la recherche et l'exploitation d'hydrocarbures non conventionnels, mais sert également pour la recherche et l'exploitation d'hydrocarbures conventionnels, pour l'adduction d'eau et pour la géothermie ».

Cette référence aux États Unis laisse à penser que le Conseil constitutionnel a regardé la jurisprudence de la Cour suprême américaine en ce qui concerne l'exploitation du gaz de schiste.

Les limites à la préférence régionale à l’embauche dans les Outre-mer

– Analyse critique des « dispositions discriminatoires » proposées par certains responsables politiques et syndicaux en vue de réduire l’ampleur du chômage à La Réunion –

André ORAISON

Professeur des Universités

Enseignant en droit public à l’Université de La Réunion de 1967 à 2008

Résumé :

En raison de la crise qui frappe La Réunion, certains responsables politiques et syndicaux invoquent la préférence régionale comme moyen de favoriser l'embauche des Réunionnais. Certes, la préférence régionale a été admise en Nouvelle-Calédonie en 1998, puis étendue dans les collectivités d'outre-mer « dotées de l'autonomie » (COM-DA) en 2003. Mais il est encore trop tôt pour apprécier l'efficacité de ce système de protection de l'emploi local, au demeurant très encadré par les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Celui qui a été mis en place en 2010 en Nouvelle-Calédonie n'est opérationnel que depuis 2012 et ne donne pas entière satisfaction à certains employeurs qui le trouvent déjà trop rigide tandis qu'un tel système n'est toujours pas institué en Polynésie française. En outre, la doctrine se montre très critique à l'égard de la préférence régionale à l'embauche. Au plan juridique, elle porte atteinte au principe d'égalité entre les citoyens qui est profondément enraciné dans la conscience des Français depuis la Déclaration de 1789. Au plan sociétal, elle a des effets négatifs car elle peut conduire au communautarisme et à la xénophobie. Pour ces raisons, la préférence régionale ne saurait être généralisée. Elle n'a pas sa place dans les départements et les régions d'outre-mer (DROM) car elle est contraire au logiciel égalitariste de la départementalisation conçu à la Libération dans les « quatre vieilles » sous l'impulsion d'Aimé Césaire et de Raymond Vergès, avant d'être consacré par la loi de décolonisation du 19 mars 1946. Autant dire que les responsables politiques et syndicaux devront recourir à des moyens moins contestables pour réduire l'ampleur du chômage. Mais lesquels ? À l'évidence, il y en a plusieurs, au demeurant cumulatifs. On doit d'abord se référer au rapport sur « La régionalisation de l'emploi en Outre-mer » présenté en 2013 par le député Patrick Lebreton : ce document contient 25 propositions pour régionaliser l'emploi dans les DROM. Une autre solution spécifique à La Réunion vise à remplacer le département et la région par une collectivité territoriale unique afin de réduire les coûts de fonctionnement des services publics locaux.

La réforme permettrait également à la nouvelle entité d'augmenter son influence politique auprès du Gouvernement de Paris et son poids économique auprès des États du sud-ouest de l'océan Indien. Elle donnerait enfin à La Réunion les moyens d'accroître son efficacité à l'égard de la population locale en matière économique et sociale. Mais pour être efficace, cette réforme implique la suppression préalable de l'alinéa 5 de l'article 73 de la Constitution qui empêche La Réunion de disposer d'un pouvoir législatif et réglementaire par habilitation, selon le cas, du Parlement ou du Gouvernement dans des matières comme l'éducation, l'énergie, la fiscalité locale, les transports publics, et d'abord – la priorité des priorités – l'emploi des jeunes.

Summary:

Due to the current crisis in La Réunion, some political and union leaders advocate for a principle of regional preference in favor of the reunionese as regards employment. Admittedly, the principle of regional preference was established in New Caledonia in 1998 before being extended to the autonomous overseas collectivities (COM-DA) in 2003. Yet, it is still too early to assess the efficiency of this highly supervised (by the Constitutional Council and the State Council) mechanism of protection of local employment. The system was put in place in New Caledonia in 2010 and it has only been operational since 2012. Yet, employers already find it too rigid. As for the doctrine, it has been very critical about the principle of regional preference in matters of employment. On a legal standpoint, it infringes upon the principle of equality of the citizens before the law, a principle that has been deeply rooted in France since the 1789 Declaration. On a societal standpoint, it has negative effects for it can lead to communitarianism and xenophobia. These are motives not to generalize the principle of regional preference. It should have no place in overseas departments and regions for it is contrary to the egalitarian ideal that fueled the departmentalization of the "four old" colonies under the impulse of Aimé Césaire and Raymond Vergès and which led to the 19 March 1946 law on decolonization. Resorting to regional preference would be a very questionable weapon against unemployment. But is there any other way? Many, actually. One can relate to the 2013 report by the MP Patrick LEBRETON entitled "the regionalization of employment in the overseas territories": this document contains 25 proposals to regionalize employment in the DROM. Another solution would be to merge the Regional and Departmental Councils into a single entity, the Territorial Council. This could be an effective way to reduce the running costs of local public services and it would increase both the political influence of La Réunion in Paris and its economic influence when dealing with countries located in the south-western part of the Indian Ocean. It would finally give La Réunion the means to be more efficient economically and socially speaking. However, to become truly efficient this reform requires the deletion of article 73 paragraph 5 of the French Constitution which prevents La Réunion from having legislative and regulatory powers. It would give La Réunion latitude in the fields of education, energy, taxation, public transportation and – last but not least – youth employment.

Une question autant spontanée qu'incongrue est souvent posée par certains responsables politiques et syndicaux dans les départements et les régions d'outre-mer qui traversent une crise sans précédent : faut-il se résigner à favoriser l'embauche des populations locales dans les administrations publiques et les entreprises privées de ces collectivités territoriales ? Convient-il notamment d'appliquer à La Réunion ce qu'on appelle la « *préférence régionale* » ou « *préférence locale* » – par assimilation avec la « *préférence nationale* » ou « *priorité nationale* » – pour résoudre le problème de l'emploi des jeunes qui est, depuis trop longtemps déjà, le problème principal ? Pour apprécier la pertinence de

ce questionnement insolite, un tableau révélateur d'une situation aujourd'hui catastrophique s'impose.

La situation dégradée de La Réunion peut expliquer, sans pour autant les légitimer, les violences qui perturbent l'île depuis 2012 et dont le foyer initial a été le quartier du Chaudron à Saint-Denis. De fait, près de 43 % des Réunionnais vivent au-dessous du seuil de pauvreté. Il y a une pénurie de 25 000 logements sociaux tandis que 115 000 personnes ne maîtrisent toujours pas la lecture et l'écriture. Il faut aussi mentionner la faiblesse des salaires du secteur privé, alors même que les fonctionnaires de l'État bénéficient d'une surrémunération de 53 % par rapport à leurs collègues métropolitains. En outre, le coût de l'existence ne cesse de progresser : la vie y est globalement 40 % plus chère que dans la France hexagonale¹. En raison de la gravité de la situation, une loi contre la cherté de la vie dans l'ensemble des collectivités territoriales ultramarines a bien été adoptée par le Parlement le 20 novembre 2012². Mais son efficacité n'a pas encore été démontrée. Il convient enfin et surtout de déplorer un pourcentage trois fois plus important de chômeurs à La Réunion qu'en Métropole : en juin 2015, près de 180 000 Réunionnais sont officiellement inscrits à Pôle emploi et cherchent désespérément du travail, soit 30 % environ de la population en âge de travailler et près de 60 % des Réunionnais actifs de moins de 25 ans³.

Pour remédier à une situation préoccupante, les responsables politiques et syndicaux sont de plus en plus nombreux à réagir. En vérité, pour surmonter une crise économique et sociale majeure qui désespère les jeunes, souvent obligés de vivre chez leurs parents après 25 ans et sans espoir de fonder une famille⁴, faute d'emplois stables, aucune contribution sérieuse ne saurait être écartée.

De fait, plusieurs réformes plus ou moins importantes et plus ou moins réalistes ont été proposées, dès 2012. En voici un catalogue, au demeurant non exhaustif. Le Parti communiste réunionnais (PCR) a suggéré le versement par l'État d'une prime de vie chère de 200 euros aux familles les plus démunies. Pour leur part, les indépendantistes ont exigé la suppression de la surrémunération accordée aux fonctionnaires en poste à La Réunion qui a pour effet « *de peser lourdement sur la cherté de la vie* ». Certaines personnalités universitaires envisagent la création d'un impôt local de solidarité. D'autres n'excluent pas une réforme en profondeur de l'octroi de mer. Pour résoudre le problème majeur de l'emploi, le sénateur communiste Paul Vergès s'est, pour sa part, prononcé en faveur d'une réforme institutionnelle : lors d'une intervention au Palais du

¹ C. BOULLAND, « Bilan des comparatifs 2014-2015 du Quotidien. 82 % d'écart avec la métropole », *Le Quotidien de La Réunion*, lundi 13 juillet 2015, p. 16.

² Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer, *JORF*, 21 novembre 2012, p. 18329-18337.

³ ANONYME, « La plus grave crise sociale de l'histoire de La Réunion. 178 820 Réunionnais inscrits à Pôle emploi », *Témoignages*, mardi 28 juillet 2015, p. 1.

⁴ TH. SELLY, « Étude sur la jeunesse. Les Réunionnais quittent tardivement le domicile familial », *Le Journal de l'île de La Réunion*, samedi 17 janvier 2015, p. 12.

Luxembourg, le 4 octobre 2012, à l'occasion des États généraux de la Démocratie territoriale, il a proposé le remplacement du département et de la région de La Réunion par une collectivité territoriale unique⁵.

C'est dans ce contexte que des responsables politiques et syndicaux se déclarent désormais favorables à la « *préférence régionale* », à la « *priorité des insulaires* », à l'« *embauche locale* » ou à la « *régionalisation des emplois* » pour réduire l'importance du chômage à La Réunion, sans pour autant préciser – dans la plupart des cas – le contenu des expressions ainsi employées⁶. C'est ce que révèle une *interview* de personnalités réunionnaises publiée le 14 mars 2012 dans un quotidien local, sous le titre : « *Préférence régionale : et si on finissait par trancher ?* »⁷. Le 26 juin 2013, une association de la loi de 1901 – l'Arcadie de La Réunion – organise à Saint-Paul un débat sur la question, ainsi rédigée : « *La préférence régionale : une piste pour développer l'emploi à La Réunion ?* ». Le 26 février 2014, cette association relance la polémique sous la forme d'une interrogation voisine, ainsi formulée : « *L'insertion des jeunes à La Réunion : quelles perspectives ?* ». Dans ces trois cas, le recours à la préférence régionale comme moyen de privilégier l'embauche des Réunionnais a été évoqué.

À ce stade de l'analyse, des distinctions s'imposent. D'emblée, on peut légitimement penser que la question du chômage à La Réunion ne pourra être abordée avec efficacité qu'à la suite d'une réforme structurelle décisive et en dehors de toute idée de discrimination. C'est dire – à notre humble avis – que la création d'une collectivité territoriale unique se substituant à la région et au département serait probablement la réforme la plus adéquate pour contribuer à résoudre le problème de l'emploi des jeunes dans le premier département français de l'océan Indien⁸. *A contrario*, pour des raisons fondées sur le droit, mais aussi pour des raisons d'ordre politique et moral, nous écartons la préférence régionale qui consisterait à donner la priorité d'embauche aux Réunionnais. Pour résoudre ce problème, il ne faut pas stigmatiser des personnes en fonction de leurs lieux de naissance ou de leurs origines ethniques.

Certes, la préférence régionale dans le domaine de l'emploi n'est possible qu'en Nouvelle-Calédonie et dans les collectivités d'outre-mer « *dotées de l'autonomie* » (COM-DA)⁹. Néanmoins, pour dissuader les responsables politiques et syndicaux qui souhaitent l'appliquer dans les départements et les régions

⁵ ANONYME, « Contribution de Paul Vergès aux États généraux de la Démocratie territoriale », *Témoignages*, vendredi 5 octobre 2012, p. 3.

⁶ V. RIVIÈRE, « La préférence régionale, le défi réunionnais », *Le Quotidien de La Réunion*, mardi 24 juin 2014, p. 58.

⁷ D. CHASSAGNE, « Préférence régionale : et si on finissait par trancher ? Les élus sont favorables... », *Le Journal de l'île de La Réunion*, mercredi 14 mars 2012, p. 14-15.

⁸ A. ORAISON, « Plaidoyer pour la fusion de la région et du département de La Réunion », *RJOI*, n° 19, 2014, p. 139-168.

⁹ F. SAUVAGEOT « La nouvelle catégorie des collectivités d'outre-mer », *RJOI*, n° 3, 2002-2003, p. 119-139.

d'outre-mer (DROM), il convient de préciser aussitôt qu'une telle pratique est juridiquement encadrée en Nouvelle-Calédonie et dans les COM-DA (I). De surcroît, la solution qui consiste à recourir à la préférence régionale à l'embauche n'a pas sa place dans les autres collectivités territoriales françaises ultramarines : pour des raisons autant juridiques que sociétales, elle doit être écartée dans les DROM et notamment dans la région monodépartementale de La Réunion (II).

I.- La reconnaissance juridiquement encadrée de la préférence régionale à l'embauche en Nouvelle-Calédonie et dans les COM-DA

Pour assurer la protection d'une population locale en difficulté dans le domaine du travail, faut-il mettre en œuvre la préférence régionale à l'embauche ? Cette interrogation prégnante est formulée aussi bien dans les départements français d'Amérique – la Guadeloupe, la Guyane et la Martinique – que dans ceux du bassin sud-ouest de l'océan Indien : La Réunion et Mayotte. De fait, la question est posée dans les DROM depuis que cette pratique discriminatoire a été officiellement admise en Nouvelle-Calédonie et dans les COM-DA (A). Encore convient-il aussitôt de préciser que la préférence régionale à l'embauche comporte d'importantes restrictions dans ces collectivités territoriales périphériques (B).

A.- L'admission de la préférence régionale en Nouvelle-Calédonie et dans les COM-DA

La préférence régionale dans le domaine de l'emploi a été admise à juste titre – nous en sommes convaincus – en Nouvelle-Calédonie par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 (1), avant d'être rendue applicable cinq ans plus tard – mais, cette fois-ci, de manière fort contestable selon une partie de la doctrine des publicistes – dans les COM-DA par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 (2).

1/ Une admission justifiée en Nouvelle-Calédonie

La révision de la Constitution de la V^e République aux fins d'introduction de garanties particulières pour le droit au travail des habitants de la Nouvelle-Calédonie mérite quelques explications. Il importe de présenter le fondement politique de la préférence régionale dans le domaine de l'emploi dans ce territoire français du Pacifique avant d'aborder sa consécration au plan juridique.

La Nouvelle-Calédonie se caractérise par une coexistence conflictuelle entre deux grandes communautés. D'un côté, les membres de la communauté mélanésienne – les Canaques ou Kanak – constituent depuis une période multiséculaire le peuple autochtone de la Nouvelle-Calédonie, caractérisé par une

civilisation propre, fondée sur un attachement particulier à la terre, et originale avec ses langues, ses coutumes et ses traditions. Or, ce peuple majoritairement indépendantiste est aussi paradoxalement minoritaire dans son propre pays depuis 1958 : les Kanak représentent aujourd'hui moins de 45 % de la population néo-calédonienne. D'un autre côté, il faut mentionner la présence en Nouvelle-Calédonie d'une communauté d'origine européenne – les Caldoches, installés à partir de 1853 – à laquelle sont venus s'adjoindre, par la suite, de petits groupes, notamment polynésiens et asiatiques. Cette population d'immigrés provenant d'horizons divers se caractérise néanmoins par un dénominateur commun. Dans son ensemble, elle se prononce pour le maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la République française.

Pour apaiser les tensions entre ces communautés qui risquaient de dégénérer en guerre civile et permettre, par suite, une décolonisation consensuelle de la Nouvelle-Calédonie en s'inspirant de processus analogues mis en œuvre dans d'autres territoires du Pacifique, le Front de libération nationale kanak et socialiste (FLNKS) qui milite pour l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie – sous la direction de Jean-Marie Tjibaou – et le Rassemblement pour la Calédonie dans la République (RPCR) favorable au *statu quo* – animé par Jacques Lafleur – signent le 26 juin 1988 les « *Accords de Matignon* ». Ces accords fixent à dix ans la période de transition comme préalable à un scrutin d'autodétermination des Néo-Calédoniens, programmé en 1998. L'assassinat de Jean-Marie Tjibaou à Ouvéa en 1989 par un extrémiste kanak ne devait pas, heureusement, remettre en cause la recherche d'une solution négociée entre les deux communautés. Un nouvel accord politique impératif et ingénieux – véritable « *pari sur l'intelligence* » – est signé à Nouméa le 5 mai 1998 par Lionel Jospin, Premier ministre socialiste, Jean-Jack Queyranne, Secrétaire d'État aux Outre-mer, et les nouveaux dirigeants du FLNKS et du RPCR¹⁰.

L'accord visant à favoriser la communauté kanak est aussitôt traduit au plan juridique par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, avant d'être ratifié par le référendum local du 8 novembre 1998¹¹. En tant que pays à « *souveraineté partagée* », la Nouvelle-Calédonie figure désormais seule dans un titre de la Constitution de 1958, le nouveau Titre XIII intitulé : « *Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie* ». Depuis 1998, la Nouvelle-Calédonie cesse d'être un territoire d'outre-mer (TOM). Mais elle ne devient pas pour autant un département d'outre-mer (DOM) régi par l'article 73 de la Constitution ou, *a fortiori*, une collectivité d'outre-mer (COM) au sens de son article 74, réécrit par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. La Nouvelle-Calédonie bénéficie d'un statut interne *sui generis*.

¹⁰ Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

¹¹ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143.

Le professeur François Luchaire note que le Titre XIII contient des « *dérogations aux principes constitutionnels* »¹². D'abord, l'article 76 restreint le corps électoral de la Nouvelle-Calédonie : il limite la participation à la consultation du 8 novembre 1998 aux seuls électeurs ayant dix ans de résidence sur le territoire néo-calédonien. Cette remise en cause des droits électoraux reconnus aux Français sur une partie du territoire de la République correspond à une des exigences du FLNKS qui redoutait que la politique d'immigration mise en œuvre en Nouvelle-Calédonie par le Gouvernement de Paris n'influence les résultats du référendum local au détriment de la communauté kanak. Ensuite, l'article 77 reconnaît la possibilité pour la Nouvelle-Calédonie de recourir à ce qu'on appelle, par commodité, la préférence régionale à l'embauche : il dispose qu'une loi organique détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par l'accord de Nouméa, « *les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier* » (alinéa 4).

L'article 77 de la Constitution a aussitôt été complété par l'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, ainsi rédigé : « *Dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié* » (alinéa 1^{er}). L'article 24 ajoute : « *De telles mesures sont appliquées dans les mêmes conditions à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et à la fonction publique communale. La Nouvelle-Calédonie peut également prendre des mesures visant à restreindre l'accession à l'exercice d'une profession libérale à des personnes qui ne justifient pas d'une durée suffisante de résidence* » (alinéa 2)¹³. L'article 24 souligne enfin que « *la durée et les modalités de ces mesures sont définies par des lois du pays* » adoptées par le congrès de la Nouvelle-Calédonie (alinéa 3).

Certes, dans sa décision du 15 mars 1999, le Conseil constitutionnel déclare que le principe de ces mesures prises pour tenir compte de l'étroitesse du marché local du travail en Nouvelle-Calédonie « *trouve son fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa* » et que, par suite, « *l'article 24 n'est pas contraire à la Constitution* »¹⁴. Mais « *en tout état de cause* » – tient-il aussitôt à préciser – « *cette durée ne saurait excéder celle fixée par les dispositions combinées des*

¹² Consulter le commentaire du Titre XIII de la Constitution par F. LUCHAIRE in F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRÉTOT, *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Paris, Economica, 2009, p. 1837-1854 et notamment p. 1852.

¹³ Loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4199.

¹⁴ Considérants n° 16 et n° 18 de la décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4235. Pour le commentaire de cette décision de principe, consulter J.-É. SCHOETTL, « Décisions du Conseil constitutionnel. Mise en œuvre de l'accord de Nouméa », *AJDA*, 20 avril 1999, p. 324-336.

articles 4 et 188 pour acquérir la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie », soit dix ans de résidence sur le territoire néo-calédonien.

De plus, dans sa décision du 30 juillet 2009, le Conseil constitutionnel a refusé les modifications de l'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 apportées par l'article 58 de la loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie¹⁵. Afin d'élargir le champ des bénéficiaires des mesures préférentielles pour la promotion de l'emploi local, l'article 58 rendait possible l'application de ces mesures aux conjoints, aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou aux concubins des citoyens néo-calédoniens et des personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence en Nouvelle-Calédonie. Mais pour le Haut Conseil, « *l'application des mesures de priorité à l'emploi au conjoint d'un citoyen de Nouvelle-Calédonie ou d'une personne justifiant d'une durée suffisante de résidence, à son partenaire ou à son concubin, qui n'aurait pas la qualité de citoyen de Nouvelle-Calédonie ou ne remplirait pas la condition de durée suffisante de résidence en Nouvelle-Calédonie, n'a pas de fondement dans l'accord de Nouméa et ne constitue pas une mesure nécessaire à sa mise en œuvre* »¹⁶.

Dans son analyse de la décision du 30 juillet 2009, le Professeur Xavier Magnon justifie en ces termes la jurisprudence extrêmement pointilleuse du Conseil constitutionnel : « *L'interprétation restrictive des possibilités de conduire en Nouvelle-Calédonie une politique de préférence locale en matière d'emploi tend à marquer la réticence du juge à admettre les discriminations positives fondées sur des critères suspects énoncés par l'article 1^{er} de la Constitution* »¹⁷.

C'est dans ce contexte balisé par le Conseil constitutionnel que le congrès de la Nouvelle-Calédonie a pu enfin adopter, à l'unanimité, la « *loi du pays* » du 27 juillet 2010, relative à la protection de l'emploi local¹⁸. Faut-il néanmoins

¹⁵ Loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte, *JORF*, 6 août 2009, p. 13095-13111 et notamment p. 13110.

¹⁶ Considérant n° 19 de la décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, *Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*, *JORF*, 6 août 2009, p. 13125.

¹⁷ X. MAGNON, « Chronique. Jurisprudence du Conseil constitutionnel. Février-juillet 2009 », *RFDC*, 2010, n° 81, p. 147.

¹⁸ Loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, *JO de la Nouvelle-Calédonie*, 12 août 2010, p. 6934-6937. Certes, les conjoints non locaux des citoyens néo-calédoniens n'entrent plus directement dans le champ des bénéficiaires de la protection en matière d'emploi local. Ils jouissent néanmoins de mesures plus favorables que les autres personnes ne respectant pas la durée minimale de résidence sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie. Dans son article Lp. 451-2-1, la « *loi du pays* » du 27 juillet 2010 dispose en effet : « *La durée de résidence du conjoint d'un citoyen de Nouvelle-Calédonie est assimilée à une durée de résidence de dix ans, lorsqu'ils sont mariés depuis au moins deux ans et résident ensemble en Nouvelle-Calédonie* ». Cependant, il n'est pas certain que le dispositif introduit dans l'article Lp. 451-2-1 soit conforme à la Constitution, dès lors qu'il déroge lui aussi au principe de l'égalité entre les citoyens. Applicable aux « *lois du pays* » votées par le

préciser que le dispositif tardivement mis en place pour le secteur privé n'est opérationnel que depuis 2012, après la nomination des membres de la Commission paritaire de l'emploi local prévue par la loi néo-calédonienne ? De surcroît, il n'existe toujours pas de dispositif analogue pour le secteur public : à ce sujet, dans une décision du 21 novembre 2014, le Haut Conseil a déclaré contraires à la norme suprême les onze premiers articles de la « *loi du pays* » relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie au motif qu'ils ne comportaient « *aucune disposition favorisant l'accès à l'emploi dans la fonction publique au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence* », après avoir pris soin – au préalable – de souligner qu'il incombe « *au législateur du pays de mettre en œuvre le principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi, consacré par l'accord de Nouméa, dans les mêmes conditions pour l'accès à l'emploi dans la fonction publique que pour l'emploi salarié* »¹⁹.

Autant dire qu'il est encore trop tôt pour apprécier la pertinence de la préférence régionale à l'embauche en Nouvelle-Calédonie. En revanche, on peut comprendre et même légitimer avec la doctrine, le statut singulier conféré à cette collectivité territoriale du Pacifique, un statut au premier abord insolite, sinon inconvenant. Voici le point de vue du Professeur Valérie Goesel-Le Bihan : « *Si la quasi-totalité de la classe politique a accepté de sacrifier certains principes fondamentaux de la théorie de l'État et du droit public français, c'est uniquement sur l'autel de la paix sociale en Nouvelle-Calédonie* »²⁰. Conçue en 1998 pour privilégier l'accès au travail des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie, la préférence régionale ne devait s'appliquer qu'à titre exceptionnel afin de juguler de graves conflits interethniques qui n'existent pas dans les autres collectivités territoriales ultramarines. Il est donc permis de regretter l'extension de cette pratique discriminatoire – sans fondement véritable – dans les COM-DA.

2/ Une extension contestable dans les COM-DA

En prenant appui sur le précédent néo-calédonien, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, relative à l'organisation décentralisée de la République, assure la refondation de l'article 74 de la Constitution qui reconnaît désormais la pratique de la préférence régionale à l'embauche dans certaines collectivités territoriales d'outre-mer²¹. En vertu du dixième alinéa de l'article 74 de la norme suprême, une loi organique peut déterminer pour les COM-DA les conditions dans lesquelles

congrès de la Nouvelle-Calédonie, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) sera vraisemblablement un jour sollicité sur un point qui, pour nombre de juristes, demeure litigieux.

¹⁹ Considérants n° 8 et n° 9 de la décision n° 2014-4 LP du 21 novembre 2014, *JORF*, 23 novembre 2014, p. 19674-19675.

²⁰ V. GOESEL-LEBIHAN, « La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *AFDI*, 1998, p. 24-75 et notamment p. 30-31.

²¹ Consulter le commentaire de l'article 74 de la Constitution par A. MOYRAND et A. TROIANIELLO in F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRÉTOT, préc., p. 1780-1813 et notamment p. 1810-1812.

*« des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier »*²². Portant statut d'autonomie de la Polynésie française, la loi organique du 27 février 2004 a ainsi fait une première application dans une COM-DA de cette pratique discriminatoire en faveur des Polynésiens dans le domaine de la protection de l'emploi local²³.

Dans sa décision du 12 février 2004, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la norme suprême la loi organique, après avoir rappelé une jurisprudence maintenant bien établie. Il indique en effet que *« rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle »*²⁴. Néanmoins, pour éviter tout risque de débordement, le Haut Conseil prend ensuite bien soin de préciser que *« la mise en œuvre de telles dérogations ne saurait intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à l'application du statut d'autonomie »*²⁵.

L'article 18 de la loi organique du 27 février 2004 permet à la Polynésie française de prendre des *« mesures favorisant l'accès aux emplois salariés du secteur privé au bénéfice des personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence sur son territoire ou des personnes justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec ces dernières »* (alinéa 1^{er}). L'article 18 prend ainsi en considération la situation des conjoints mariés, des concubins et des personnes liées par un pacte civil de solidarité avec les personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence : les uns et les autres bénéficient des mesures en faveur de la protection de l'emploi en Polynésie française, alors même que cette catégorie de personnes ne figure pas dans le statut de la Nouvelle-Calédonie, fixé par la loi organique du 19 mars 1999.

L'article 18 ajoute qu'*« à égalité de mérites, de telles mesures sont appliquées dans les mêmes conditions pour l'accès aux emplois de la fonction publique de la Polynésie française et des communes »* (alinéa 2). Il précise enfin : *« La Polynésie française peut également adopter, dans les conditions prévues au*

²² Consulter la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la I^{re} République.

²³ A. ORAISON, « Le nouveau statut d'autonomie renforcée de la Polynésie française », *RFDA*, 2004, n° 3, p. 530-548. Il convient de préciser que la Polynésie française bénéficie à la fois d'un régime protecteur de l'accès au travail et du droit de propriété en vertu de la loi organique du 27 février 2004.

²⁴ Considérant n° 8 de la décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4220. En vérité, le Haut Conseil reprend sur ce point la formule du considérant n° 3 de sa décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, relative au statut de la Nouvelle-Calédonie. Consulter « Jurisprudence. Revue d'actualité. Outre-mer. Conseil constitutionnel. 15 mars 1999. 2^e espèce », *AJDA*, 20 avril 1999, p. 380.

²⁵ Considérant n° 8 de la décision précitée du 12 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4220.

premier alinéa, des mesures favorisant l'accès à l'exercice d'une activité professionnelle non-salariée, notamment d'une profession libérale » (alinéa 3)²⁶. Voici, à l'occasion, une autre spécificité de la préférence régionale à l'embauche en Polynésie française : les catégories d'activités professionnelles visées par les éventuelles mesures de soutien du marché local du travail sont plus étoffées dans cette COM-DA qu'en Nouvelle-Calédonie. Outre les emplois salariés du secteur privé et les emplois des fonctions publiques, c'est l'ensemble des activités professionnelles non salariées qui peuvent faire l'objet de ces mesures de sauvegarde en Polynésie française. En Nouvelle-Calédonie, parmi les activités professionnelles non salariées, seules les professions libérales sont concernées.

Depuis sa consécration par la Constitution et avant même qu'on ait pu vraiment juger de son efficacité pratique, la préférence régionale pour lutter contre le chômage est saluée comme positive en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française. Les dirigeants des formations politiques et des organisations syndicales néo-calédoniennes et polynésiennes voient dans cette pratique discriminatoire en matière d'emploi un rempart efficace face à l'arrivée excessive de personnes étrangères aux territoires néo-calédonien et polynésien et un moyen de tenir compte de l'étroitesse du marché local du travail dans un contexte économique et social difficile. Mais la préférence régionale à l'embauche - même « *à égalité de mérites* » - n'est pas parée de toutes les vertus, dès lors qu'elle vise implicitement à stigmatiser un groupe de personnes ayant la nationalité française : concrètement, elle vise à restreindre, sinon à éliminer, la concurrence des Métropolitains sur la plupart des emplois non qualifiés ou peu qualifiés offerts dans les deux principales collectivités territoriales françaises du Pacifique²⁷.

Ainsi, des mesures préférentielles en faveur de la population locale dans le domaine de l'emploi sont désormais autorisées par la Constitution à la suite de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Il faut cependant éviter toutes désillusions aux responsables politiques et syndicaux qui ont tendance à les présenter comme des mesures de salut public et souhaiteraient, par suite, les voir appliquées dans les DOM. La préférence régionale à l'embauche n'est pas la panacée : si son champ d'application concerne bien les collectivités territoriales d'outre-mer, elle comporte toutefois plusieurs restrictions.

B.- Les restrictions à la mise en œuvre de la préférence régionale dans les Outre-mer

Voici déjà une limitation basique qui existe dans tout État de droit. Dans la loi organique du 27 février 2004, portant statut d'autonomie de la Polynésie

²⁶ Article 18 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, JORF, 2 mars 2004, p. 4185.

²⁷ À titre d'exemple, consulter l'*interview* éclairante d'un membre d'une petite formation autonomiste polynésienne – le *Fetia Api* (« *L'Étoile nouvelle* ») – in « Trois questions à Marie-Laure Vanizette », *Le Monde*, jeudi 15 janvier 2004, p. 11.

française, cette limitation est rappelée par l'article 18 qui met l'accent sur le respect des droits acquis – un principe général du droit très tôt reconnu par le Conseil d'État – dans les termes suivants : les mesures préférentielles édictées pour assurer la protection du travail local « *ne peuvent porter atteinte aux droits individuels et collectifs dont bénéficient, à la date de leur publication, les personnes physiques ou morales autres que celles mentionnées au premier alinéa et qui exerçaient leur activité dans des conditions conformes aux lois et règlements en vigueur à cette date* »²⁸. Cette restriction n'a pas été prévue par l'alinéa 10 de l'article 74 de la Constitution. Mais elle s'inspire de l'article 24 de loi organique du 19 mars 1999, relative au statut de la Nouvelle-Calédonie, qui indique que les dispositions préférentielles à l'embauche ne sauraient porter « *atteinte aux avantages individuels et collectifs dont bénéficient à la date de leur publication les autres salariés* »²⁹. Ces dispositions n'ont donc pas d'effet rétroactif. Voici déjà un frein non négligeable et juridiquement imparable à une généralisation rapide de la pratique de la préférence régionale destinée à privilégier le droit à l'emploi des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie et dans les COM-DA. De plus, cette pratique discriminatoire comporte trois restrictions spécifiques.

1/ Le champ d'application de la préférence régionale restreint par la Constitution

La première restriction spécifique est la plus importante puisqu'elle est d'ordre constitutionnel. Certes, nous l'avons déjà indiqué. Il convient néanmoins de la rappeler à l'intention des responsables des formations politiques et des organisations syndicales des DROM qui invoquent périodiquement la pratique de la préférence régionale à l'embauche dans leurs discours et programmes électoraux³⁰. Les mesures préférentielles destinées à promouvoir le travail en faveur de la population locale ne peuvent en principe prospérer, au plan juridique, qu'en Nouvelle-Calédonie sur la base de l'article 77, alinéa quatrième, de la Constitution et dans les COM-DA en vertu de son article 74, alinéa septième.

Encore convient-il aussitôt d'établir une distinction au sein même de la catégorie des COM-DA : la préférence régionale à l'embauche n'est en effet possible dans une COM-DA que lorsque la loi organique qui fixe son statut le permet expressément. À ce jour, il existe trois collectivités territoriales qui ont le statut de COM-DA : la Polynésie française dans le Pacifique oriental et deux petits territoires voisins de la Caraïbe : l'île Saint-Barthélemy et la partie française de l'île de Saint-Martin. Or, si la préférence régionale pour l'emploi est autorisée par la loi organique du 27 février 2004, relative au statut d'autonomie renforcée de la Polynésie française, en revanche, elle ne l'est pas dans la loi organique du 21 février 2007, portant dispositions institutionnelles pour Saint-Barthélemy et Saint-

²⁸ Alinéa 4 de l'article 18 de la loi organique précitée du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4185.

²⁹ Alinéa 1^{er} de l'article 24 de la loi organique précitée du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4199.

³⁰ Voir *supra*.

Martin³¹. *A fortiori*, les mesures discriminatoires pour l'accès au travail sont exclues dans les COM qui ne sont pas dotées de l'autonomie – Saint-Pierre et Miquelon en Amérique du nord et Wallis-et-Futuna dans le Pacifique occidental – ainsi que dans les collectivités territoriales qui ont le statut de DROM³².

2/ Le champ d'application de la préférence régionale défini par la durée de résidence

La deuxième restriction spécifique ne doit pas être négligée. Les mesures préférentielles retenues pour l'accès au travail ne peuvent être prises en faveur de la population locale que sur la base d'une « *durée suffisante de résidence* » des personnes, aussi bien en Nouvelle-Calédonie que dans les COM-DA : en aucun cas, ces mesures ne sauraient ignorer les considérations prohibées par l'article L. 1132-1 du Code du travail, récemment mis à jour par la loi du 21 février 2014³³ ou, *a fortiori*, méconnaître les « *discriminations expressément interdites* » par l'article 1^{er} de la Constitution³⁴.

Concrètement, les mesures préférentielles dans le domaine particulier de l'emploi ne sauraient être fondées, directement ou indirectement, sur l'âge de la personne, son sexe, ses mœurs, son orientation ou identité sexuelle, son lieu de naissance, son lieu de résidence, son nom de famille, son apparence physique, la couleur de sa peau, ses origines ethniques, ses opinions politiques, ses activités mutualistes ou syndicales, ses croyances religieuses, ses convictions philosophiques ou morales, sa situation de famille ou sa grossesse ou encore – sauf inaptitude dûment attestée par la médecine du travail – son état de santé ou son handicap. Si on ajoute que cette liste déjà étoffée n'est pas exhaustive et qu'elle peut toujours être complétée par le législateur, on peut constater que la portée de la préférence régionale à l'embauche est déjà rigoureusement encadrée. Le critère unique de la « *durée suffisante de résidence* » des personnes qui s'applique en Nouvelle-Calédonie et dans les COM-DA a pour finalité d'éviter des dérives : par suite, il devrait faire réfléchir tous ceux qui proposent d'introduire dans les DROM un « *avantage différentiel* » dans l'accès à l'emploi au profit des populations locales.

³¹ Si la Polynésie française bénéficie d'un régime protecteur de l'accès au travail et du droit de propriété en vertu de la loi organique du 27 février 2004, en revanche, les îles Saint-Barthélemy et Saint-Martin – dotées du statut de COM-DA par la loi organique du 21 février 2007 *portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer* – ne bénéficient que d'un régime assurant la protection du patrimoine foncier. Consulter à ce sujet A. ORAISON, « Le statut nouveau de collectivité d'outre-mer des îles de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin », *RDP*, 2008, n° 1, p. 153-183.

³² Voir *infra*.

³³ Consulter la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 *de programmation pour la ville et la cohésion urbaine*, *JORF*, 22 février 2014, p. 3138-3147 et notamment son article 15, p. 3144.

³⁴ Les « *discriminations expressément interdites* » par l'article 1^{er} de la Constitution sont celles qui sont « *fondées sur l'origine, la race, la religion, les croyances et le sexe* ». Consulter à ce sujet P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANEN, É. OLIVA, A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2013, p. 511.

Certes, la « *durée suffisante de résidence* » est bien l'élément déterminant du recrutement au niveau local. Cependant, afin d'empêcher toute perversion du mécanisme ainsi instauré, d'autres garde-fous ont été prévus. Il faut impérativement les connaître en raison de leur importance. Les mesures préférentielles autorisées pour favoriser l'accès au travail des populations de la Nouvelle-Calédonie et des COM-DA ne peuvent jamais être globales, générales ou uniformes. Ces mesures préférentielles à l'embauche doivent toujours être spécifiques, propres ou catégorielles, c'est-à-dire prises pour « *chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité* » et justifiées uniquement – comme l'exige l'article 18 de la loi organique du 27 février 2004, portant statut d'autonomie de la Polynésie française – « *par des critères objectifs en relation directe avec les nécessités du soutien ou de la promotion de l'emploi local* » (alinéa 4). Dans sa décision de principe du 15 mars 1999, relative au statut d'autonomie de la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel avait déjà indiqué – en des termes particulièrement bien frappés – qu'il appartient aux « *lois du pays* » de fixer, « *pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité, la "durée suffisante de résidence"... en se fondant sur des critères objectifs et rationnels en relation directe avec la promotion de l'emploi local, sans imposer de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa* »³⁵.

L'idée qui prévaut peut être ainsi exposée : moins les activités professionnelles se caractérisent par des difficultés au niveau du recrutement en main-d'œuvre locale dans tel ou tel secteur, plus la durée de résidence requise sur le territoire de la collectivité territoriale ultramarine peut être longue. Le Conseil constitutionnel avait toutefois précisé – à titre indicatif – que « *cette durée ne saurait excéder celle fixée... pour acquérir la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie* », soit dix ans de résidence sur le territoire néo-calédonien³⁶. Cette

³⁵ Considérant n° 17 de la décision précitée du 15 mars 1999, *AJDA*, 20 avril 1999, p. 381.

³⁶ *Relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local en Nouvelle-Calédonie*, la « *loi du pays* » du 27 juillet 2010 apporte des précisions sur la durée de résidence requise pour permettre à une personne d'accéder à un emploi. Elles sont exposées dans son article Lp. 451-2, ainsi rédigé : « *Lorsqu'après avoir diffusé son offre d'emploi dans les conditions définies au Chapitre II du Titre III, un employeur, qui n'a reçu aucune candidature répondant aux conditions de qualification et de compétence énoncées dans son offre et émanant d'un citoyen de la Nouvelle-Calédonie, peut procéder au recrutement d'une personne justifiant d'une durée de résidence : a) au moins égale à dix ans, si l'offre d'emploi concerne une activité professionnelle principalement satisfaite par le recrutement local, b) au moins égale à cinq ans, si l'offre d'emploi concerne une activité professionnelle qui connaît des difficultés de recrutement local au sens de l'article Lp. 451-4, c) au moins égale à trois ans, si l'offre d'emploi concerne une activité professionnelle qui connaît d'importantes difficultés de recrutement local au sens de l'article Lp. 451-4, d) inférieure à trois ans, si l'offre d'emploi concerne une activité professionnelle qui connaît d'extrêmes difficultés de recrutement local au sens de l'article Lp. 451-4. À défaut, il peut procéder à un recrutement sans condition de résidence* ». En vertu de l'article Lp. 451-4, la durée de résidence minimale requise pour les personnes venant de l'extérieur est de dix ans pour les activités professionnelles « *pourvues principalement par le recrutement local* », soit plus de 75 % de Néo-Calédoniens embauchés. Cette durée de résidence tombe à cinq ans pour les secteurs qui connaissent « *des difficultés de recrutement local* », avec 50 à 75 % de Néo-Calédoniens employés. Mais elle n'est plus que de trois ans pour les secteurs touchés par « *d'importantes difficultés* », n'ayant réussi à recruter que 25 à 50 % de Néo-Calédoniens.

jurisprudence très restrictive a, par la suite, été reprise par le Haut Conseil dans sa décision du 12 février 2004, relative au statut d'autonomie de la Polynésie française³⁷.

Ainsi, le système mis en place en Polynésie française afin de promouvoir le travail au profit de la population locale depuis 2004 est très proche de celui qui existe en Nouvelle-Calédonie depuis 1998. Mais le parallèle entre ces deux collectivités territoriales françaises du Pacifique ne s'arrête pas là. La pratique de la préférence régionale destinée à privilégier le droit à l'emploi des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie et dans les COM-DA comporte une troisième restriction spécifique.

3/ Le champ d'application de la préférence régionale contrôlé par les hautes juridictions

Certes, la « *durée suffisante de résidence* » requise pour faciliter l'accès à l'emploi des personnes établies en Nouvelle-Calédonie et dans les COM-DA est précisée par des « *lois du pays* ». Cependant, les assemblées locales qui les votent ne sont pas souveraines. Ainsi, les « *lois du pays* » adoptées par le congrès de la Nouvelle-Calédonie peuvent être « *soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel* », en application de l'alinéa troisième de l'article 77 de la Constitution, tandis que celles de l'assemblée de la Polynésie française, adoptées dans le domaine du travail, sont considérées comme des actes administratifs assujettis à « *un contrôle juridictionnel spécifique* » exercé par le Conseil d'État, en vertu du huitième alinéa de l'article 74 de la Constitution. Exercé par ces hautes juridictions, le contrôle ainsi institué se révèle redoutablement efficace : il évacue tout risque de dysfonctionnement des mécanismes d'exception mis en place par les révisions constitutionnelles de 1998 et de 2003.

Ainsi, le Conseil d'État n'a pas hésité à censurer, dans leur ensemble, et le même jour – le 25 novembre 2009 – les deux premières « *lois du pays* » destinées à offrir des garanties particulières pour le droit à l'emploi des habitants de la Polynésie française, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, dès lors que ces actes administratifs méconnaissent « *par leur caractère excessif* » – ainsi que le souligne le Professeur Michel Verpeaux – « *des principes de valeur constitutionnelle* »³⁸.

Dans la décision *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, le Conseil d'État a déclaré « *illégale* » la « *loi du pays* » du 19 mai 2009

Enfin, la durée de résidence est inférieure à trois ans et elle peut même, à la limite, disparaître en cas « *d'extrêmes difficultés de recrutement local* », avec moins de 25 % de Néo-Calédoniens ou assimilés embauchés. Consulter à ce sujet les articles Lp. 451-2 et Lp. 451-4 de la loi précitée du 27 juillet 2010, *JO de la Nouvelle-Calédonie*, 12 août 2010, p. 6935.

³⁷ Considérant n° 32 de la décision précitée du 12 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4222.

³⁸ M. VERPEAUX, « Collectivité territoriale. Préférence locale en matière d'emplois en Polynésie française et Constitution », *AJDA*, 29 mars 2010, p. 623-629 et notamment p. 623.

portant mesures d'application, dans la fonction publique de la Polynésie française, des dispositions de l'article 18 de la loi organique du 27 février 2004. Après avoir constaté qu'en réservant 95 % des postes à pourvoir par la voie de concours externes dans la plupart des cadres d'emplois des catégories A et B et dans tous ceux des catégories C et D aux résidents de la Polynésie française, « *sans qu'il ressorte de la "loi du pays" contestée ou des pièces du dossier que le choix de ce pourcentage et celui des cadres d'emplois auquel il s'applique auraient été opérés en fonction de critères objectifs et rationnels fondés sur les caractéristiques de l'emploi local et les nécessités propres à sa promotion dans chacun des cadres d'emplois concernés* », les juges du Palais Royal en déduisent que l'assemblée polynésienne « *a imposé à l'accès aux emplois publics en Polynésie française des restrictions excédant celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'objectif de soutien de l'emploi local et méconnu le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics ainsi que les dispositions précitées de l'article 18 de la loi organique du 27 février 2004* »³⁹.

Dans la décision *Société Polynésie Intérim et autres*, le Conseil d'État a également déclaré « *illégal* » la « *loi du pays* » du 19 mai 2009 relative à la protection de l'emploi local dans le secteur privé polynésien. Après avoir constaté que l'acte administratif contesté décide que peuvent invoquer la « *durée suffisante de résidence* » dans cette COM-DA, prévue par l'alinéa 1^{er} de l'article 18 de la loi organique du 27 février 2004, « *les personnes justifiant d'une durée de résidence de cinq ans en Polynésie française* » et « *les personnes justifiant de deux ans de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec les premières* », les juges du Palais Royal en déduisent qu'il « *ne ressort pas des pièces du dossier que la fixation d'une durée unique de résidence quel que soit l'activité ou le secteur d'activité professionnelle concerné soit justifiée par des éléments objectifs en relation directe avec les nécessités du soutien de l'emploi local, ces nécessités ne pouvant être regardées comme résultant de la seule situation globale de l'emploi dans le territoire* »⁴⁰. Faut-il rappeler – à titre de comparaison – que la « *loi du pays* » du 27 juillet 2010, relative à la protection du travail dans le secteur privé de la Nouvelle-Calédonie, s'est prononcée pour une durée de résidence qui varie, *grosso modo*, entre trois et dix ans en fonction des difficultés variables du recrutement en main d'œuvre locale selon les secteurs d'activité concernés ?

De fait, il faut attendre le 8 avril 2015 pour qu'un mouvement polynésien à dominance indépendantiste – l'Union pour la démocratie (UPLD) – annonce son intention de déposer une proposition de « *loi du pays* » visant à « *préserver, promouvoir et protéger* » l'emploi local des personnes durablement établies sur le territoire de la Polynésie française, dans la fonction publique comme dans le secteur privé, en tenant compte de la jurisprudence restrictive du Conseil d'État.

³⁹ Considérant n° 8 de la décision n° 328776 rendue le 25 novembre 2009 par le Conseil d'État dans l'affaire *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, *Recueil Lebon*, 2010, n° 5, p. 477.

⁴⁰ Considérant n° 5 de la décision n° 329047 rendue le 25 novembre 2009 par le Conseil d'État dans l'affaire *Société Polynésie Intérim et autres*, *Recueil Lebon*, 2010, n° 5, p. 478-479.

Mais à ce jour, c'est-à-dire à la date du 25 septembre 2015, aucune proposition de « *loi du pays* » n'a encore été présentée et, *a fortiori*, débattue à l'assemblée de cette COM-DA dans un domaine pourtant censé être prioritaire : celui de la protection du marché local du travail.

Ainsi, la Nouvelle-Calédonie et les COM-DA n'ont pas une entière liberté pour la mise en œuvre de la préférence régionale visant à favoriser l'accès à l'emploi de leurs habitants respectifs. De fait, le système de sauvegarde et de promotion de l'emploi local n'est pas encore institué en Polynésie française – plus de onze ans après l'entrée en vigueur de son statut de COM-DA – tandis que celui qui a été tardivement et laborieusement mis en place en 2010 pour tenir compte de l'étroitesse du marché du travail en Nouvelle-Calédonie et dans ses dépendances n'est que partiel dans la mesure où il concerne uniquement le secteur privé. De plus, le système néo-calédonien n'est véritablement opérationnel que depuis 2012 et ne donne pas entière satisfaction à certains employeurs qui le trouvent déjà trop rigide⁴¹.

Pour être exhaustif dans cette étude, il convient enfin de porter à la connaissance des élus et responsables des formations politiques et des dirigeants des organisations syndicales les raisons principales pour lesquelles un système rigoureux et discriminatoire de protection des populations locales pour l'accès à l'emploi ne saurait être généralisé dans l'ensemble des collectivités territoriales françaises ultramarines. En d'autres termes, il importe de préciser le fondement de l'exclusion de la préférence régionale à l'embauche dans les collectivités territoriales périphériques qui entrent dans la catégorie des DROM, à l'instar notamment des régions monodépartementales de la Guadeloupe et de La Réunion (II).

II.- Le fondement de l'exclusion de la préférence régionale à l'embauche dans les DROM

Admise à titre tout à fait exceptionnel en 1998 pour restaurer la paix sociale en Nouvelle-Calédonie et dans ses dépendances, puis étendue de manière fort contestable en 2003 au profit des COM-DA soumises au principe de la spécialité législative, en vertu de l'article 74 de la Constitution, la préférence régionale à l'embauche n'a pas naturellement vocation à être généralisée dans les Outre-mer. En droit, elle est notamment écartée dans les collectivités territoriales ultramarines qui sont soumises au principe de l'identité législative, en application de l'article 73 de la norme suprême.

⁴¹ Consulter à ce sujet A. BENSA et E. WITTERSHEIM, « Un statut transitoire qui s'éternise. En Nouvelle-Calédonie, société en ébullition, décolonisation en suspens », *Le Monde diplomatique*, juillet 2014, p. 18-19.

Les arguments ne manquent pas pour exclure les discriminations à l'embauche dans les DROM. Soutenir l'emploi local en période de crise économique aiguë comme celle que nous connaissons aujourd'hui est — sans aucun doute — un objectif louable qui s'impose, d'emblée, à l'ensemble de la classe politique locale — toutes tendances confondues — et aux responsables des organisations syndicales. Mais si louable soit-il, cet objectif ne saurait être atteint par n'importe quel moyen et surtout pas en sacrifiant les principes constitutionnels les plus solidement établis de la République. En vérité, les mesures discriminatoires pour l'accès à l'emploi ne doivent pas être appliquées dans les DROM, dès lors qu'elles soulèvent de graves objections au plan juridique (A) comme au plan sociétal (B).

A.- Les objections d'ordre juridique à la préférence régionale dans les DROM

À ce stade du débat, il nous paraît utile de revenir un instant en arrière, sur un point précis, en s'interrogeant sur le bien-fondé de l'article 74 de la Constitution, réécrit par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Des critiques sévères et — à notre avis — pertinentes ont, très tôt, été formulées à son égard par les publicistes les plus qualifiés dans la mesure où cet article rend possible la préférence régionale à l'embauche dans les COM-DA et constitutionnalise, par suite, de graves atteintes au principe d'égalité. À titre d'exemple, voici la philippique du Professeur Jean-Philippe Thiellay qui s'exprime sans ambages à ce sujet, dès 2003 : « *La Constitution ouvre ainsi officiellement la porte, sur une partie du territoire national, à des mesures manifestement contraires au principe d'égalité, dans la ligne de ce que l'article 77 de la Constitution a prévu dans le cas, tout à fait particulier, de la Nouvelle-Calédonie* »⁴².

À la suite des objections formulées par la cohorte majoritaire de la doctrine à l'encontre de l'extension de dispositions discriminatoires visant à assurer la protection et la promotion de l'emploi local dans les COM-DA, il convient, *a fortiori*, de condamner la préférence régionale à l'embauche dans les DROM.

Cette pratique est en effet incompatible avec le logiciel fondamentalement égalitariste de la départementalisation conçu au lendemain immédiat de la Libération dans les vieilles colonies françaises de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion. Ce logiciel a été adopté — faut-il le préciser ? — par les populations locales, quasi unanimes, sous l'impulsion clairvoyante et généreuse de cinq parlementaires ultra-marins progressistes — nommément Gaston Monnerville en Guyane, Léopold Bissol et Aimé Césaire à la Martinique, Léon de Lépervanche et Raymond Vergès à La Réunion — avant d'être consacré, à l'unanimité, par l'Assemblée nationale constituante dans la loi de décolonisation

⁴² J.-PH. THIELLAY, « Les Outre-mer dans la réforme de la Constitution », *AJDA*, 24 mars 2003, p. 570.

du 19 mars 1946⁴³ ou, « mieux » loi « *d'égalisation* », selon la formule beaucoup plus juste du poète et député-maire de Fort-de-France Aimé Césaire, alors rapporteur des trois propositions de loi tendant au classement comme départements des « *quatre vieilles* » à la Commission des territoires d'outre-mer⁴⁴.

Cette référence appuyée aux origines de la départementalisation dans les Outre-mer - une départementalisation qui implique, selon les « *Pères fondateurs* », une égalité entre Ultramarins et Métropolitains au triple plan politique, économique et social - nous incite à rappeler, à l'intention des responsables politiques et syndicaux des DROM qui les méconnaissent de bonne foi - lorsqu'ils ne sont pas des juristes - ou feignent de les ignorer, les sources constitutionnelles et conventionnelles du principe d'égalité ou principe de non-discrimination entre les individus, pleinement applicable dans les DROM à partir de 1946 (1), ainsi que les effets de ce principe au plan juridique (2).

1/ Les sources juridiques du principe de non-discrimination applicable dans les DROM

Dans l'ordre juridique français, voici l'objection majeure au recours à la préférence régionale en faveur de la protection de l'emploi local dans les DROM, régis par l'article 73 de la Constitution : son application heurte le principe d'égalité entre les citoyens qui s'impose avec la même intensité dans les régions et les départements ultramarins – depuis l'entrée en vigueur de la loi du 19 mars 1946 – et dans les régions et les départements métropolitains. Faut-il, au besoin, souligner que le principe d'égalité – un principe inscrit au fronton des hôtels de ville des 36 000 communes de la République – remonte à la Révolution française de 1789 et qu'il a, par la suite, survécu à tous les régimes politiques ? Les sources constitutionnelles de ce principe sont elles-mêmes diversifiées. Relevons ici les trois principales⁴⁵.

Le principe d'égalité est d'abord énoncé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui a valeur de droit positif en vertu du

⁴³ Consulter à ce sujet les trois articles de la loi n° 46-451 du 19 mars 1946 *tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de La Réunion et de la Guyane française*, *JORF*, 20 mars 1946, p. 2294.

⁴⁴ F. VERGÈS, *La loi du 19 mars 1946. Les débats à l'Assemblée constituante*. Saint-André (La Réunion). Les Presses de Graphica, Collection « Études et documents 1946-1996 », 1996, p. 73. Dans le même sens, Eugène Rousse qualifie la loi de décolonisation du 19 mars 1946 de « *loi d'égalité Vergès-Lépervanche* ». Mais cet événement majeur pour l'ensemble des « *quatre vieilles* » n'a pas surgi spontanément à La Réunion. À juste titre, l'historien réunionnais souligne qu'il a été préparé entre les deux guerres mondiales par une forte mobilisation des forces vives de l'île et notamment par une série de grèves et de manifestations, dont celle du 1^{er} mai 1938 au chef-lieu de Saint-Denis, puis par d'importantes élections à la Libération.

⁴⁵ P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIAN, É. OLIVA, A. ROUX, « Les sources constitutionnelles du principe d'égalité », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2013, p. 508-510.

Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958⁴⁶. En une formule lapidaire, son article 1^{er} dispose : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». Après avoir décrété que « *la loi est l'expression de la volonté générale* » et qu'elle doit « *être la même pour tous* », son article 6 surenchérit : « *Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». Voici probablement, avec l'article 6 de la Déclaration de 1789, la condamnation la plus ancienne et la plus explicite du principe de la préférence nationale dans le domaine de la protection de l'emploi et, par ricochet, de la préférence régionale à l'embauche, pourtant revendiquée dans les DROM par certains responsables politiques et syndicaux.

Encore faut-il préciser, pour éviter toute équivoque, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 a vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire de la République, y compris en Nouvelle-Calédonie et dans les COM-DA qui, à l'instar de la Polynésie française, peuvent mettre en œuvre la préférence régionale à l'embauche en vertu de dispositions constitutionnelles. Cet article 6 a ainsi été cité par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 juillet 2009 qui déclare « *contraire à la Constitution* » l'article 58 de la loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie⁴⁷. Le Conseil d'État a également évoqué l'article 6 en rappelant, de surcroît, son contenu dans sa décision *Haut-commissaire de la République en Polynésie française* du 25 novembre 2009 qui prononce l'illégalité de la « *loi du pays* » adoptée le 19 mai 2009 par l'assemblée de cette COM-DA⁴⁸.

Le principe d'égalité apparaît encore, à plusieurs reprises, dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui fonde la IV^e République : ainsi dans l'alinéa 5 qui nous intéresse ici au premier chef. Après avoir affirmé que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* », l'alinéa 5 énonce de manière péremptoire le principe de non-discrimination : « *Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ». Convient-il une nouvelle fois de rappeler à tous ceux qui revendiquent un « *avantage différentiel* » dans l'accès au travail au profit des populations originaires des DROM que le Préambule de la Constitution de 1946 confirme et complète la Déclaration de 1789 et qu'il a, lui aussi, valeur de droit positif puisqu'il a également été repris dans le Préambule de la Constitution de la V^e République⁴⁹ ?

⁴⁶ Consulter le commentaire du Préambule de la Constitution par F. HAMON in F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRÉTOT, *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Paris, Économica, 2009, p. 103-128.

⁴⁷ Considérant n° 18 de la décision précitée du 30 juillet 2009, *JORF*, 6 août 2009, p. 13125.

⁴⁸ Considérant n° 5 de la décision précitée du 25 novembre 2009, *Recueil Lebon*, 2010, n° 5, p. 476.

⁴⁹ Consulter à ce sujet F. HAMON, préc., p. 103-128.

Le principe d'égalité s'impose enfin dans les DROM avec la même force juridique que dans les collectivités territoriales métropolitaines, dès lors qu'il est mentionné dans l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, ainsi rédigé : « *La France... assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* » (alinéa 1^{er}). L'article 1^{er} précise que « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* » (alinéa 2)⁵⁰. Quant à l'article 2 de la Constitution, il se contente de rappeler – si besoin était – que « *La devise de la République est Liberté, Égalité, Fraternité* » (alinéa 4)⁵¹.

Dans l'ordre juridique international, le principe d'égalité est également consacré dans plusieurs traités européens ratifiés par la France, au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale. Il faut notamment faire allusion à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée dans le cadre du Conseil de l'Europe à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Intitulé « *Interdiction de discrimination* », son article 14 – un article qui s'inspire directement de l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme adoptée, à l'unanimité, le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies – dispose : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* »⁵². Dans le même sens, il faut mentionner le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), signé à Rome le 25 mars 1957 et ainsi rédigé en des termes clairs, dans son article 19 : « *Sans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* »⁵³.

Confirmé dans le cadre du Conseil de l'Europe et dans celui de l'Union européenne, le principe de non-discrimination dans le domaine sensible de l'emploi se trouve ainsi consolidé, avec une égale force obligatoire, dans les collectivités territoriales de la France métropolitaine et dans les DROM.

⁵⁰ Consulter le commentaire de l'article 1^{er} de la Constitution par M. BORGETTO in F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRÉTOT, préc., p. 129-162.

⁵¹ Consulter le commentaire de l'article 2 de la Constitution par R. CHIROUX in F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRÉTOT, préc., p. 167-178.

⁵² P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Les grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 2012, p. 219.

⁵³ J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER et P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, p. 652-661.

2/ Les effets de la stricte application du principe de non-discrimination dans les DROM

À l'issue de ce rappel qui s'adresse – faut-il encore le souligner ? – aux responsables politiques et syndicaux des DROM, il est logique d'insister avec la doctrine sur la place du principe constitutionnel d'égalité au sein de la République et des incidences qui peuvent en résulter dans le domaine de l'emploi. Dans son exégèse de l'article 1^{er} de l'actuelle Constitution, le Professeur Michel Borgetto reconnaît ainsi « *la place éminente* » occupée « *de longue date* » par le principe d'égalité « *dans le corpus juridique national* », après avoir souligné que ce principe apparaît comme « *l'une des pierres angulaires – pour ne pas dire la véritable colonne vertébrale – du droit public français* »⁵⁴. Dans le même sens, le Professeur Jean-Marie Pontier peut affirmer, sans risque d'être démenti, que le principe d'égalité entre les citoyens est « *l'un des principes les plus profondément ancrés dans la conscience politique des Français* »⁵⁵.

Est-il dès lors étonnant de constater que les jurisprudences deux fois centenaires du Conseil d'État et de la Cour de cassation et celle plus récente, mais non moins déterminante, du Conseil constitutionnel considèrent le principe d'égalité comme le premier des « *principes généraux du droit* » ? C'est dire qu'aucun individu, aucune entreprise publique ou privée et aucune entité territoriale métropolitaine ou ultramarine – lorsque cette dernière entre dans la catégorie des DROM – et pas davantage la collectivité étatique ne saurait porter atteinte, sous quelque prétexte que ce soit, au principe d'égalité ou de non-discrimination entre les individus dans le domaine crucial de la protection de l'emploi, sous peine de sanctions prononcées par les plus hautes juridictions de la République⁵⁶.

Pour apprécier le rôle éminent joué notamment par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État en faveur du respect du principe d'égalité, une analyse comparative s'impose. En Nouvelle-Calédonie comme dans les COM-DA, le principe républicain d'égalité n'est en effet ni ignoré ni sacrifié par ces instances juridictionnelles. En voici, au besoin, deux exemples contemporains, éclairants et concordants.

Il convient d'abord de revenir sur la décision du 30 juillet 2009 dans laquelle le Conseil constitutionnel censure les modifications de l'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 apportées par l'article 58 de la loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie afin d'élargir le champ des bénéficiaires de la protection de l'emploi local. En l'espèce, le Haut Conseil se

⁵⁴ Consulter à ce sujet M. BORGETTO, préc., p. 153.

⁵⁵ J.-M. PONTIER, « L'administration territoriale : le crépuscule de l'uniformité ? », *La Revue Administrative*, novembre 2002, n° 330, p. 633.

⁵⁶ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Économica, Collection « Droit public positif », 1999, 397 pages.

prononce pour la primauté du principe supérieur d'égalité lorsqu'il est en conflit avec le principe de dispositions visant à privilégier la protection du travail local : « *Si le principe de mesures favorisant les personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie* » pour l'accès à un emploi salarié ou pour l'exercice d'un emploi dans la fonction publique néo-calédonienne « *trouve son fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa, la mise en œuvre d'un tel principe, qui déroge aux principes constitutionnels d'égalité devant la loi et d'égal accès aux emplois publics... ne saurait fonder d'autres restrictions que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de cet accord* »⁵⁷.

Il faut aussi se référer à la décision rendue le 25 novembre 2009 par le Conseil d'État qui déclare illégale la « *loi du pays* » du 19 mai 2009 portant mesures d'application, dans la fonction publique polynésienne, des dispositions de l'article 18 de la loi organique du 27 février 2004. Dans leur décision *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, les Juges du Palais Royal constatent que l'assemblée de cette COM-DA « *a imposé à l'accès aux emplois publics en Polynésie française des restrictions excédant celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'objectif de soutien de l'emploi local et méconnu le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics* »⁵⁸. On peut en tirer une conclusion logique avec l'ensemble des forces doctrinales et notamment avec le Professeur Michel Verpeaux : « *Le Conseil fait clairement prévaloir le principe constitutionnel le plus général sur celui qui a un caractère "local", quand bien même celui-ci est constitutionnalisé* » dans les COM-DA⁵⁹.

Si les jurisprudences relativement récentes et convergentes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État se montrent particulièrement vigilantes quant aux atteintes qui peuvent être portées au principe d'égalité en matière d'accès au travail en Nouvelle-Calédonie et dans la COM-DA de la Polynésie française⁶⁰, c'est-à-dire dans des collectivités territoriales d'outre-mer où la préférence régionale à l'embauche est reconnue par la Constitution, à plus forte raison, ces jurisprudences seront-elles intransigeantes dans les DROM régis par le logiciel égalitariste de la départementalisation depuis l'entrée en vigueur de la loi du 19 mars 1946 et dans lesquels aucun droit en faveur de la protection de l'emploi local n'est, à ce jour, reconnu par le Constituant. Qui pourrait sérieusement en douter ?

À l'issue de ces développements, une conclusion partielle apparaît, dès lors, nécessaire. Sauf avènement fort improbable d'un nouvel ordre juridique,

⁵⁷ Le Haut Conseil conclut en ces termes : « *L'application des mesures de priorité à l'emploi au conjoint d'un citoyen de Nouvelle-Calédonie ou d'une personne justifiant d'une durée suffisante de résidence, à son partenaire ou à son concubin, qui n'aurait pas la qualité de citoyen de Nouvelle-Calédonie ou ne remplirait pas la condition de durée suffisante de résidence en Nouvelle-Calédonie, n'a pas de fondement dans l'accord de Nouméa et ne constitue pas une mesure nécessaire à sa mise en œuvre* ». Considérants n° 18 et 19 de la décision précitée du 30 juillet 2009, *JORF*, 6 août 2009, p. 13125.

⁵⁸ Considérant n° 8 de la décision précitée du 25 novembre 2009, *Recueil Lebon*, 2010, n° 5, p. 477.

⁵⁹ M. VERPEAUX, préc., p. 627-628.

⁶⁰ Consulter à ce sujet X. MAGNON, préc., p. 143.

impliquant une modification de la norme suprême de la V^e République, et d'une non moins improbable remise en cause des traités européens ratifiés par la France lorsqu'ils se prononcent pour le respect du principe d'égalité ou principe de non-discrimination entre les personnes, la préférence régionale à l'embauche n'est pas concevable dans les DROM en général et à La Réunion en particulier. Les élus d'une collectivité territoriale régie par l'article 73 de la Constitution qui veulent néanmoins assurer la protection de leurs populations dans le domaine du travail par le recours à la préférence régionale n'ont pas alors d'autre solution que d'envisager une réforme institutionnelle. Dans le cadre français, ils doivent opter pour une réforme statutaire qui implique – après accord préalable de la population locale au moyen d'une consultation populaire directe, « *selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4* » de la Constitution – le passage du statut de DROM à celui de COM-DA, régi par son article 74⁶¹. Mais cette réforme est elle-même peu vraisemblable dans le contexte actuel, car elle se heurterait à la volonté des « *Domiens* » qui, dans l'ensemble, demeurent très attachés aux acquis sociaux découlant de la loi de départementalisation du 19 mars 1946 et au statut privilégié de région ultrapériphérique (RUP) de l'Union européenne.

Il faut donc exclure les mesures visant à favoriser l'accès à l'emploi des personnes durablement établies dans les collectivités ultramarines qui n'ont pas le statut de COM-DA ou, *a fortiori*, celui de la Nouvelle-Calédonie parce qu'elles heurtent de front le principe constitutionnel de l'égalité entre les individus. Cependant, d'autres motifs d'exclusion des pratiques discriminatoires à l'embauche dans les DROM doivent être répertoriés dans une étude interdisciplinaire qui implique non seulement le recours au droit public français et au droit public européen, mais aussi à la science politique et la sociologie.

B.- Les objections d'ordre sociétal à la préférence régionale dans les DROM

D'emblée, il faut le souligner : les mesures destinées à offrir des garanties spécifiques pour le droit au travail des populations locales doivent être écartées dans les collectivités territoriales d'outre-mer qui ont le statut de DROM, car elles soulèvent, au point de vue sociétal, trois objections majeures.

1/ La préférence régionale : un terreau propice aux intolérances et aux exclusions

Voici la critique principale à l'encontre de la préférence régionale à l'embauche. Cette pratique revendiquée par certaines formations politiques ou

⁶¹ Au sujet des conditions de passage du statut de DROM à celui de COM-DA, consulter notamment A. ORAISON, « La reconnaissance par l'article additionnel 72-4 de la Constitution d'un "droit à l'évolution statutaire" au profit des populations françaises d'outre-mer », *La Décentralisation. Histoire, Bilans, Évolutions*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 329-352.

syndicales pour lutter contre le chômage constitue en effet une atteinte au droit au travail établi dans l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, un préambule qui a valeur de droit positif. Nous rappelons ici son contenu : « *Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* »⁶².

Par suite, les mesures préférentielles dans le domaine de la protection de l'emploi méconnaissent le droit pour les personnes, notamment pour les travailleurs et leurs familles, de circuler librement et de s'installer, sans être inquiété, sur n'importe quelle partie du territoire de la République française – y compris sur celui des DROM – et maintenant – pour les personnes ou travailleurs et leurs familles qui ont la citoyenneté de l'Union européenne – sur le territoire de n'importe quel autre État membre, sous réserve des limitations prévues par les traités européens et des dispositions prises pour leur application, en vertu de l'article 21 du TFUE⁶³. Les mesures préférentielles à l'embauche vont ainsi à l'encontre des principes posés par la Constitution française et confirmés par les traités européens ratifiés par la France.

Ces mesures préférentielles sont d'autant plus critiquables qu'elles reviennent à transposer, à l'échelon régional, le concept de « *préférence nationale* » qui donne la priorité aux Français par rapport aux étrangers et aux immigrés en matière d'emploi, d'attribution de logements et de prestations sociales. Son promoteur est l'écrivain engagé Jean-Yves Le Gallou, membre notoire du Front national (FN) de 1985 à 1998 et cofondateur, dès 1974, du Club de l'Horloge, un cercle de pensée politique qui se présente comme un « *Réservoir d'idées pour la Droite* ». Défenseur sans complexe de la supériorité de la civilisation européenne, Jean-Yves Le Gallou a fait connaître le principe de la préférence nationale dans un ouvrage collectif publié en 1985 sous le titre : « *La préférence nationale : réponse à l'immigration* ». De fait, ce livre entend donner la réplique à « *L'immigration, une chance pour la France* », un livre édité l'année précédente par le député centriste Bernard Stasi⁶⁴. Ainsi prôné en France par des groupes politiques « *souverainistes* » contre les étrangers et les immigrés, le concept réactionnaire et pérenne de « *préférence nationale* » est aux antipodes de la notion progressiste et temporaire d'« *affirmative action* » ou « *discrimination positive* » introduite aux États-Unis au cours de la décennie « 60 » afin de corriger

⁶² Consulter à ce sujet F. HAMON préc., p. 103-128.

⁶³ Dans son article 1^{er}, le règlement n° 492/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union européenne, garantit à tout ressortissant d'un État membre – quel que soit son lieu de résidence – le droit d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre État membre, conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux de cet État, avec la même priorité que ses ressortissants dans l'accès aux emplois disponibles. Consulter à ce sujet J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER et P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, p. 655.

⁶⁴ B. STASI, *L'immigration, une chance pour la France*, Paris, Robert Laffont, collection « *Franc Parler* », 1984, 184 pages et J.-Y. LE GALLOU, *La préférence nationale : réponse à l'immigration*, Paris, Albin Michel, 1985, 270 pages.

les inégalités entre les Blancs et les Noirs par l'établissement de quotas au profit de ces derniers, notamment dans les administrations, les médias et les universités⁶⁵.

Faut-il dès lors s'étonner que la préférence nationale dans le domaine de la protection de l'emploi soit vilipendée par toutes les formations politiques républicaines de la France continentale, à l'exception des mouvements d'extrême droite et notamment du FN ? Or, ceux qui fustigent à bon escient dans les DROM le FN au sujet de son programme – un programme qui englobe *ipso facto* la « préférence nationale », rebaptisée « priorité nationale » par Marine Le Pen – sont parfois les mêmes qui prônent dans ces collectivités territoriales d'outre-mer des mesures préférentielles à l'embauche.

En vérité, il convient de condamner la revendication de la préférence régionale dans le domaine du travail. Il faut d'abord la dénoncer lorsqu'elle est formulée en Métropole, car une telle revendication peut conduire à des dérapages comme le démontre la sociologue Liza Terrazzoni⁶⁶. En Corse, des mesures préférentielles sont exigées dans le domaine de l'accès au travail par certains mouvements nationalistes identitaires qui militent contre la « *décorsisation* » de leur île et n'hésitent pas, au besoin, à recourir aux insultes et aux menaces en pointant du doigt les Français de l'Hexagone et les personnes d'origine maghrébine, accusés de venir « *occuper* » les emplois, les logements et les terres des populations locales. Les murs de certaines villes comme Ajaccio et Bastia soient souvent couverts de graffitis comme « *Terra corsa a i Corsi* » (« *La terre corse aux Corses* »), quand ils ne sont pas racistes et ciblés comme « *I Arabi fora* » (« *Les Arabes dehors* »). Plus graves encore, des attentats à l'explosif sont parfois perpétrés contre des biens appartenant à des Français continentaux ou des Maghrébins.

Il convient également de condamner la revendication de la préférence régionale dans les DROM. Dans ces collectivités territoriales, les mesures préférentielles destinées à privilégier l'accès à l'emploi des populations locales ont surtout pour adeptes des partis politiques autonomistes ou indépendantistes qui s'appuient, pour leur mise en œuvre, non sur la durée de la résidence outre-mer, mais sur d'autres critères plus contestables, liés aux origines ethniques ou au lieu de naissance des personnes. À La Réunion, les mesures préférentielles à l'embauche sont ainsi préconisées par *L'organizacion popilèr pou libèr nout pèi* (LPLP)⁶⁷. Le slogan de ce mouvement séparatiste groupusculaire est clairement

⁶⁵ L'expérience de la discrimination positive aux États-Unis est toutefois dans une phase de déclin. Sa remise en cause s'est manifestée, très tôt, dès la fin des années « 70 » lorsque la Cour suprême a interdit l'institution de quotas rigides en faveur des minorités au sein des Universités américaines dans un arrêt *Regents of the University of California versus Bakke*, rendu le 26 juin 1978. J. D. SKRENTNY, « L'"affirmative action" américaine en déclin », *Le Monde diplomatique*, mai 2007, p. 14.

⁶⁶ L. TERRAZZONI, « La Corse est-elle le lieu d'une xénophobie spécifique ? », *Le Monde*, dimanche 28-lundi 29 juin 2015, p. 15.

⁶⁷ « *L'organizacion popilèr pou libèr nout pèi* » (LPLP) signifie « *L'organisation populaire pour libérer notre pays* ».

affiché : « *Préférans rézyonal pou in zistis sosyal* » (« *Préférence régionale pour une justice sociale* »)⁶⁸. Les partis extrémistes, de gauche comme de droite, se rejoignent parfois dans certains DROM pour soutenir le marché local du travail. La préférence régionale visant à réduire localement le chômage a ainsi pour partisan le FN qui invoque le recours aux mesures discriminatoires à l'embauche pour stigmatiser les étrangers d'origine brésilienne ou africaine jugés responsables d'une immigration clandestine massive qui a pour « *effet de déstabiliser le système de protection sociale des départements d'outre-mer* » et notamment ceux de la Guyane en Amérique du sud et de Mayotte dans le canal de Mozambique⁶⁹.

Certes, l'émigration clandestine est un fléau qui doit être combattu par des moyens légaux dans le cadre d'un État démocratique. Bien que la crise économique et sociale frappe de plein fouet les DROM et que l'offre d'emploi y soit de plus en plus rare, la préférence régionale à l'embauche n'a pas pour autant vocation à être généralisée dans les Outre-mer en raison de sa connotation raciste. Dès lors qu'elle jette l'opprobre sur les immigrés – accusés d'être responsables de tous les maux de la société – et qu'elle consiste à introduire des différences de droits politiques et sociaux entre les individus selon leurs origines ethniques ou leurs lieux de naissance, cette pratique peut conduire au communautarisme et, en dernier ressort, au sectarisme chronique quand ce n'est pas à la xénophobie violente. C'est notamment l'opinion du Parti communiste réunionnais (PCR) qui s'est déclaré hostile, dès 2004, à la préférence régionale en tant que moyen de création d'emplois en faveur des Réunionnais d'origine. Un de ses responsables, Claude Hoarau, avait ainsi déclaré : « *Le PCR ne peut pas faire le choix de sacraliser un slogan que certains veulent récupérer pour allumer un feu qu'on ne pourrait plus éteindre* »⁷⁰.

Les responsables politiques et syndicaux sont ainsi invités à renoncer à revendiquer des mesures préférentielles à l'embauche dans les DROM, car ces mesures sont des terreaux propices à la montée des intolérances et des exclusions. En reprenant la formule du journaliste et écrivain Edwy Plenel, on peut même qualifier ces mesures de « *poupées gigognes du racisme* »⁷¹. Personne ne doit être condamné à rester sur le bord du chemin : quel que soit son lieu de naissance ou la couleur de sa peau, tout individu a sa place dans chacun des DROM, et doit pouvoir contribuer, sans être inquiété, à son essor économique et social en fonction de ses seules compétences et de son expérience professionnelle.

⁶⁸ De fait, le LPLP est l'héritier du Mouvement pour l'indépendance de La Réunion (MIR) créé en 1981 par Serge Sinamalié. Le MIR était une petite formation indépendantiste radicale qui militait déjà pour la mise en œuvre de la pratique de la préférence régionale afin de favoriser l'emploi des Réunionnais à partir de critères liés au lieu de naissance des individus.

⁶⁹ O. GOHIN, « Mayotte en droit constitutionnel français », *RJOI*, n° 17, 2013, p. 7-24.

⁷⁰ TH. QUÉGUINER, « Le PCR "résolument contre" la préférence régionale », *Le Journal de l'île de La Réunion*, vendredi 3 septembre 2004, p. 13.

⁷¹ E. PLENEL, *Pour les musulmans. Précédé de « Lettre à la France »* janvier 2015, Paris, La Découverte, 2015, p. 87.

2/ La préférence régionale : une entrave à l'indispensable mobilité des personnes

Certes, on peut *a priori* comprendre les frustrations affectives éprouvées pour une famille native d'un DROM lorsque l'un de ses enfants est contraint de partir pour la France continentale ou un pays étranger à la recherche d'une formation professionnelle ou d'un métier et sans assurance de pouvoir revenir au pays natal afin d'y faire carrière. Mais sur un autre versant, la préférence régionale à l'embauche soulève une autre objection sociétale qui ne doit pas être sous-estimée.

La préférence régionale pour lutter contre le chômage local apparaît comme une régression dans la mesure où cette pratique va à l'encontre d'une indispensable et valorisante mobilité des Ultramarins vers la Métropole, les autres collectivités territoriales d'outre-mer, les États membres de l'Union européenne et, d'abord, le voisinage des DROM et notamment celui de La Réunion qu'est le bassin sud-ouest de l'océan Indien, un bassin francophone connu sous le nom fédérateur d'« *Indianocéanie* » et aujourd'hui propice à la mobilité des Réunionnais en quête d'emploi⁷². Faut-il enfin souligner que la mobilité est souvent une étape obligée pour les fonctionnaires de l'État en service dans les DROM lorsqu'ils souhaitent accéder à des postes de responsabilité ? La préférence régionale à l'embauche apparaît ainsi comme un archaïsme à une époque où le progrès des techniques permet de raccourcir les distances et de rapprocher les peuples et les individus grâce à des liaisons aériennes fréquentes et régulières et des moyens de télécommunication de plus en plus performants dans une société mutante, caractérisée, de surcroît, par l'ouverture généralisée des frontières et la mondialisation de l'économie⁷³.

Revendiquer la préférence régionale dans le domaine de l'emploi est, à la limite, une stratégie suicidaire qui pourrait fort bien un jour se retourner contre les ressortissants des DROM. Appliquer par exemple à La Réunion la préférence régionale à l'embauche pourrait inciter les élus des régions métropolitaines et des autres régions ultramarines à demander également sa mise en œuvre au profit des populations dont ils ont la responsabilité en invoquant, eux aussi, d'impérieuses raisons économiques et sociales qui sont au demeurant bien réelles en période de crise aiguë, comme celle que nous connaissons aujourd'hui. C'est le point de vue exposé le 14 mars 2012 par un ancien député UMP de La Réunion. Pour René-Paul Victoria, admettre à La Réunion la préférence régionale pour lutter contre le chômage, c'est « *en contrepartie accepter que les Réunionnais qui postulent pour*

⁷² Consulter à ce sujet L. BIEDINGER, « Séminaire à l'Université de La Réunion sur les 30 ans de la Commission de l'océan Indien. Vive l'Indianocéanie pour un développement durable ! », *Témoignages*, lundi 25 novembre 2013, p. 7.

⁷³ F. CELLIER, « Mobilité. "Même pas peur" de prendre l'avion. Poursuivre ses études ailleurs, aller y chercher du travail. Trois générations de candidats à la mobilité se racontent », *Le Quotidien de La Réunion*, mercredi 25 juin 2014, p. 4-5.

un emploi dans un département métropolitain se voient refuser leur embauche pour les mêmes raisons : la préférence régionale »⁷⁴.

Le recours aux pratiques préférentielles destinées à privilégier le travail local dans les DROM se traduirait par un coup d'arrêt à la mobilité en tant que source d'enrichissement au double plan personnel et professionnel. Il reviendrait à empêcher plusieurs milliers de « *Domiens* » de postuler chaque année sur des emplois dans la France hexagonale ou dans d'autres collectivités territoriales d'outre-mer.

3/ La préférence régionale : une aberration dans le cas singulier de La Réunion

Une troisième objection – spécifique à La Réunion – peut être formulée à l'encontre de la préférence régionale à l'embauche. Contrairement aux autres DROM, La Réunion présente en effet la particularité d'avoir été à l'origine un « *territoire sans maître* » ou territoire inhabité, donc dépourvu de population autochtone⁷⁵. Or, on entend souvent dire que les Français métropolitains viennent prendre les emplois, les logements et les aides sociales qui doivent revenir en priorité aux Réunionnais. Cette dérive xénophobe qui vise la communauté « *zoreille* » n'est pas nouvelle. Mais elle est accentuée en raison de l'aggravation de la crise économique et sociale qui frappe La Réunion⁷⁶. De surcroît, cette stigmatisation qui pourrait engendrer de graves conflits intercommunautaires ne vise plus uniquement aujourd'hui les seules personnes d'origine européenne. Elle concerne d'autres communautés africaines plus fragiles, notamment la communauté comorienne, ainsi que les Mahorais qui ont pourtant la nationalité française.

À suite de cette tendance qui est susceptible de remettre en cause l'harmonie sociale de La Réunion, une inextricable question mérite d'être posée : qui peut se targuer d'être Réunionnais dans une île à l'origine désertique et peuplée par des populations originaires d'Afrique, d'Asie et d'Europe et progressivement métissées au triple plan biologique, culturel et linguistique ? Pour nous, comme pour Jean-Claude Fruteau – natif de La Réunion et député-maire PS de Saint-Benoît – qui s'est exprimé à ce sujet le 14 mars 2012, la réponse tient en une phrase dépourvue d'ambiguïté : « *Un Réunionnais est quelqu'un qui vit à La Réunion, quel que soit son lieu de naissance* »⁷⁷. Voici probablement le meilleur

⁷⁴ Consulter l'*interview* de R.-P. VICTORIA in D. CHASSAGNE, préc., p. 15.

⁷⁵ À propos des Terres australes et antarctiques françaises (TAAF) qui sont dépourvues de populations autochtones et de populations permanentes, consulter notamment A. ORAISON, « Le statut des Terres australes et antarctiques françaises à la lumière de l'article additionnel 72-3 de la Constitution (La création d'une nouvelle collectivité territoriale *sui generis* de la République en application de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003) », *RFDA*, 2007, n° 4, p. 681-695.

⁷⁶ P. M., « Ratenon et la "préférence métropolitaine" », *Le Journal de l'île de La Réunion*, lundi 25 mai 2015, p. 6.

⁷⁷ Consulter l'*interview* de J.-C. FRUTEAU in D. CHASSAGNE, préc., p. 15.

slogan pour combattre la préférence régionale à l'embauche dans le département français des Mascareignes. Les mesures discriminatoires pour favoriser l'emploi local n'ont pas lieu d'être dans la société « *arc-en-ciel* » de La Réunion, une société multiethnique, multiconfessionnelle et multiculturelle depuis les premiers jours de son peuplement, il y a maintenant trois siècles et demi.

Certes, le débat sur la préférence régionale pour réduire le chômage peut se poursuivre dans les DROM en général et notamment à La Réunion : c'est la rançon de la démocratie dans des pays confrontés à une crise sans précédent. Mais si ce débat est blâmable lorsqu'il revient à traiter de l'antagonisme Métropolitains/Ultramarins en raison de sa connotation raciste, on peut néanmoins comprendre le problème de l'insuffisante créolisation des cadres d'emplois des catégories A et B de la fonction publique de l'État dans les DROM. Ce constat émane du préfet Jean-Marc Bédier – lui aussi originaire de La Réunion – dans un rapport établi le 30 avril 2012, sous le titre : « *La place des Ultramarins dans la fonction publique de l'État outre-mer* »⁷⁸. Il n'en est pas moins vrai que le débat sur la préférence régionale à l'embauche est stérile dans les DROM, dès lors que cette pratique discriminatoire ne peut juridiquement prospérer qu'en Nouvelle-Calédonie et dans les COM-DA, soumises au principe de la spécialité législative en vertu de l'article 74 de la Constitution.

Dans la mesure où la classe politique de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique, de Mayotte et de La Réunion se prononce majoritairement pour la pérennisation du statut de DROM, soumis au principe de l'identité législative en vertu de l'article 73 de la Constitution, pour le maintien du statut de RUP de l'Union européenne et des financements émanant des fonds structurels de Bruxelles⁷⁹ ainsi que pour le respect des acquis sociaux découlant de la départementalisation, des acquis auxquels les « *Domiens* » sont très attachés, ce débat est même inutile. Autant dire que les responsables des formations politiques et syndicales doivent recourir à d'autres moyens beaucoup moins controversés et surtout moins démagogiques pour mener à bien une politique de plein emploi. Mais lesquels ?

⁷⁸ Commandé par les ministères des Outre-mer et de la fonction publique, ce document de 34 pages est très instructif. Il contient en effet 17 propositions pour faciliter l'accès des Ultramarins aux postes de responsabilité dans les Outre-mer. Dès lors, il est regrettable de constater qu'il n'ait pas été porté à la connaissance du grand public, faute de publication.

⁷⁹ TH. DURIGNEUX, « Thierry Repentin, chargé des Affaires européennes. "L'Europe est à nos côtés" », *Le Quotidien de La Réunion*, samedi 15 février 2014, p. 11.

Réflexions terminales : les réformes proposées pour lutter contre le chômage dans les DROM et notamment à La Réunion. D'emblée, il convient de mentionner le rapport sur « *La régionalisation de l'emploi en Outre-mer* » remis le 4 décembre 2013 par Patrick Lebreton à Victorin Lurel, ministre des Outre-mer. Le rapport du député-maire PS de Saint-Joseph a un champ d'application plus vaste que celui du préfet Bédier, car il concerne aussi bien l'emploi public que l'emploi privé. Mais sur un autre plan, il est plus restreint : si le rapport Bédier porte sur l'ensemble des Outre-mer, le rapport Lebreton aborde surtout le problème de l'emploi dans les DROM. Après avoir exclu le recours à la préférence régionale à l'embauche, ce rapport contient 25 propositions pour régionaliser, dans le respect de la Constitution, l'emploi des Ultramarins dans les DROM et restreindre ainsi la concurrence des Métropolitains⁸⁰.

Parmi les propositions, il faut mettre l'accent sur l'incitation des entreprises du secteur privé à embaucher localement⁸¹ et la suppression des avantages financiers qui encouragent les fonctionnaires métropolitains à venir faire carrière dans les DROM comme « *les primes de mobilité* » et les « *congrés bonifiés* », à l'exception – curieusement – des « *primes de vie chère* », pourtant critiquées dans un récent rapport de la Cour des comptes⁸². Le rapport Lebreton se prononce également pour un plafonnement de la durée des séjours outre-mer dans la fonction publique d'État, la régionalisation des formations professionnelles en fonction des besoins des DROM⁸³, le recrutement par voie de concours local – dans la proportion de 50 % – des cadres B et C des services de l'État et la prise en compte dans toutes les administrations de la notion de « *centre d'intérêts matériels et moraux* » (CIMM) afin de faciliter le retour dans les DROM des fonctionnaires ultramarins en poste en Métropole. Mais cette notion qui implique plusieurs critères alternatifs comme le lieu de naissance, le domicile des parents ou la possession d'un bien immobilier sur le lieu de la résidence habituelle manque encore de précision. Parmi les propositions du rapport Lebreton, il convient enfin de mentionner « *la prise en compte de la connaissance de l'environnement local, dont la maîtrise de la langue pour les mutations* »⁸⁴.

⁸⁰ Consulter à ce sujet l'interview de P. LEBRETON, sous le titre « *On ne peut pas admettre que le Réunionnais soit si souvent chassé de l'emploi dans son propre pays* », *Le Journal de l'île de La Réunion*, jeudi 5 décembre 2013, p. 8-9.

⁸¹ M. ZITTE, « La régionalisation de l'emploi en marche », *Le Quotidien de La Réunion*, lundi 22 juin 2015, p. 15.

⁸² SAINT-JUST, « Ne touchez pas à la surrémunération ! », *Le Journal de l'île de La Réunion*, mardi 14 juillet 2015, p. 2.

⁸³ Le rapport Lebreton propose plusieurs solutions concrètes pour renforcer la présence des « *Dominiens* » aux postes de responsabilité dans les DROM. Afin de préparer les étudiants originaires de ces collectivités territoriales aux concours de catégorie A de l'Administration, il suggère notamment la création, dans chaque DROM, d'une École supérieure des cadres d'outre-mer (ESCOM), d'un Institut de préparation à l'administration générale (IPAG) et d'un Institut d'études judiciaires (IEJ). Pour des raisons d'efficacité, ces organismes de formation pourraient être rattachés aux universités locales existantes.

⁸⁴ Il n'est pas sûr que cette discrimination fondée indirectement sur l'origine géographique ou ethnique puisse être validée par le Conseil constitutionnel si on se réfère à sa décision du 15 juin 1999. Après avoir

Certaines propositions contenues dans le rapport Lebreton ne seront probablement pas mises en œuvre dans l'immédiat ou seront écartées pour des raisons financières, tandis que d'autres sont déjà contestables au plan juridique. Si ce rapport mérite néanmoins d'être pris en considération, il n'est pas pour autant le remède miracle de nature à faire baisser, de manière significative, le taux de chômage massif que l'on déplore aujourd'hui dans chacun des DROM et notamment à La Réunion. D'autres initiatives s'imposent pour améliorer l'accès des « *Domiens* » à l'emploi dans leurs pays d'origine. Dans le cas de La Réunion, une réforme institutionnelle de grande ampleur apparaît même nécessaire.

Après le vote de la loi du 16 janvier 2015, portant réduction de moitié du nombre des régions en Métropole⁸⁵, le Gouvernement socialiste de Manuel Valls a fait adopter la loi du 7 août 2015, portant nouvelle organisation territoriale de la République. Or, cette loi nous intéresse directement, car elle prévoit, dans son article 30, la création – à compter du 1^{er} janvier 2018 – de « *la collectivité de Corse* », une collectivité à statut particulier au sens de l'article 72 de la Constitution, « *en lieu et place de la collectivité territoriale de Corse et des départements de Corse-du-Sud et de Haute-Corse* »⁸⁶.

La réforme structurelle que nous proposons pour La Réunion est du même ordre : elle consiste à créer une collectivité territoriale unique afin de remplacer le département et la région qui coexistent à La Réunion depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1982⁸⁷. Déjà enclenchée, dès 2010, en Guyane et à la Martinique – deux des quatre DROM originaires – en application de l'alinéa 7 de l'article 73 de la Constitution et chaque fois avec l'accord des populations locales, conformément à l'alinéa 2 de l'article 72-4 de la norme suprême, cette réforme s'impose également à La Réunion dans la mesure où la coexistence du département et de la région sur la même aire géographique et concernant le même groupement humain est inutile et coûteuse. Elle l'est d'autant plus que ce DROM se caractérise par l'étroitesse de son assise territoriale (2 512 kilomètres carrés de

constaté que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, signée le 5 novembre 1992, confère « *des droits spécifiques à des "groupes" de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de "territoires" dans lesquels ces langues sont pratiquées* », le Haut Conseil considère qu'elle porte « *atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français* ». Après avoir rappelé que « *ces principes fondamentaux s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance* », le Haut Conseil conclut que la Charte « *comporte des clauses contraires à la Constitution* ». Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, JORF, 18 juin 1999, p. 8964-8965. Certes, l'officialisation des langues locales pourrait être un des outils majeurs au service de la créolisation des cadres administratifs dans les DROM. Mais pour que la mesure proposée par le rapport Lebreton devienne effective, la révision de la Constitution apparaît comme un préalable à la ratification par la France de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

⁸⁵ Loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, JORF, 17 janvier 2015, p. 777-783.

⁸⁶ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF, 8 août 2015, p. 13705.

⁸⁷ A. ORAISON, « Plaidoyer pour un Congrès », *Le Quotidien de La Réunion*, mardi 9 juin 2015, p. 51.

superficie) et – par rapport aux régions métropolitaines – la faiblesse numérique de sa population (environ 850 000 habitants en 2015)⁸⁸.

La fusion du département et de la région aurait d'abord pour effet de réduire les coûts de fonctionnement des services publics réunionnais. Elle permettrait également à La Réunion de renforcer son influence politique auprès du Gouvernement de Paris et son poids économique auprès des États du bassin sud-ouest de l'océan Indien. Elle donnerait enfin à La Réunion la possibilité d'accroître son efficacité à l'égard de la population locale en matière économique, sociale et culturelle. Mais pour être pleinement efficiente, la réforme implique des ressources et des compétences nouvelles dans le domaine de l'emploi pour la collectivité territoriale unique ainsi que la suppression préalable de l'alinéa 5 de l'article 73 de la Constitution qui empêche La Réunion de disposer d'un pouvoir législatif et réglementaire par habilitation, selon le cas, du Parlement ou du Gouvernement dans des matières stratégiques comme l'éducation, l'énergie, la fiscalité locale, les transports publics, et d'abord – la priorité des priorités – l'emploi des jeunes. Dans cette optique, deux propositions de loi constitutionnelle destinées à doter le DROM de La Réunion de pouvoirs ou « *outils juridiques* » identiques à ceux de la Guadeloupe, de la Guyane, de Mayotte et de la Martinique ont été déposées au Parlement : la première au Palais du Luxembourg par le sénateur communiste Paul Vergès, le 10 avril 2013, et la seconde au Palais Bourbon par la députée socialiste Ericka Bareigts, dès le lendemain. Une réforme structurelle aux multiples facettes est donc engagée. Encore faut-il maintenant espérer qu'elle soit menée à son terme.

Une collectivité territoriale unique à La Réunion pourrait en effet plus aisément prendre en considération certaines des propositions contenues dans le rapport Lebreton. Cependant, il convient une nouvelle fois de rester lucide : la réforme institutionnelle proposée n'a pas, elle aussi, la prétention d'éradiquer tous les maux qui frappent le DROM des Mascareignes. Néanmoins, comme certaines des propositions du rapport Lebreton, elle pourrait contribuer à en résoudre – au moins en partie – un certain nombre, notamment dans le domaine de l'assainissement des finances publiques locales et dans celui aujourd'hui explosif de l'emploi des Réunionnais actifs de moins de 25 ans. Les économies ainsi réalisées par cette réforme pourraient en effet être utilisées pour renforcer la formation des jeunes en fonction des besoins spécifiques de La Réunion et multiplier les contrats aidés – notamment les contrats d'avenir – qui ont vocation à déboucher sur des contrats de travail classiques à l'issue du dispositif⁸⁹.

Étude achevée à Saint-Denis de La Réunion, le jeudi 1^{er} octobre 2015.

⁸⁸ C. BOULLAND, « Démographie à La Réunion. 845 000 habitants au 1^{er} janvier 2014 », *Le Quotidien de La Réunion*, vendredi 26 juin 2015, p. 11.

⁸⁹ E. M., « Contrats aidés : des passeports pour l'emploi ? », *Le Journal de l'île de La Réunion*, jeudi 13 août 2015, p. 6.

La jouissance par la population de Mayotte des droits découlant de la citoyenneté de l'Union européenne¹

Thomas M'SAÏDIÉ

Maître de conférences en droit public au Centre Universitaire de Mayotte

Résumé :

Du fait qu'ils ont la nationalité d'un État membre, en l'occurrence la France, les Mahorais bénéficient de la citoyenneté de l'Union, et des droits qui en découlent. Cependant, avant le 1^{er} janvier 2014, le statut de Pays et territoire d'outre-mer (PTOM) dont Mayotte était dotée rendait inefficace la jouissance de ces droits, en raison notamment du découplage qu'il y avait entre champ d'application territorial et champ d'application personnel. Le changement de statut européen de Mayotte, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014 y a mis de la clarté. La population de Mayotte bénéficie désormais de manière effective des droits attachés à la citoyenneté de l'Union.

Summary :

The people from Mayotte, as French citizens, have the European citizenship. However, Mayotte had the status of Overseas Country and Territory (PTOM) before 1st January 2014 and as such, its inhabitants could not enjoy their European citizenship due to the separation of the territorial and personal scopes.

Since Mayotte became European on 1st January 2014, its population can fully benefit from the rights granted to European citizens.

Instituée par le Traité de Maastricht signé le 7 février 1992, la notion de citoyenneté de l'Union trouve sa justification dans la recherche du dépassement de l'objectif premier de la Communauté, celui de l'établissement d'un marché commun. Il convenait de rompre avec cette idée d'une Europe des marchés en avançant sur la voie d'une union plus politique en y intégrant une dimension citoyenne. Cette idée d'une citoyenneté européenne pouvait se constater à travers

¹ La présente étude est issue d'une journée d'étude portant sur l'impact de l'évolution statutaire et le progrès social à Mayotte, organisée par le Département de Mayotte, le 18 avril 2014, au Conseil régional de La Réunion, à l'occasion du troisième anniversaire de la départementalisation de l'île.

le discours incisif et célèbre de Winston Churchill, prononcé le 19 avril 1946 à l'Université de Zurich. En effet, celui-ci se demandait « *pourquoi ne pas créer une Union européenne susceptible de donner un sentiment de patriotisme élargi et de citoyenneté commune aux peuples dispersés de ce grand continent* ».

La notion de citoyenneté de l'Union, souvent reléguée à un niveau symbolique, connaît un regain d'intérêt, comme en témoigne le récent rapport de la Commission sur la citoyenneté². En vertu de l'article 20 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), « *est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre* » sans concurrencer la citoyenneté conférée par les États membres à leurs nationaux, tout en s'ajoutant à celle-ci, la citoyenneté de l'Union « *implique une communauté de droits et obligations unissant les citoyens de l'Union par un lien commun qui transcende la nationalité de l'État membre* »³.

S'il appert que la citoyenneté de l'Union constitue un élément fondamental de la construction européenne, elle est avant tout consubstantielle à la nationalité des États membres. Cette « consubstantialité » existant entre la citoyenneté et la nationalité permet aux Mahorais, en leur qualité de nationaux d'un État membre, en l'occurrence la France, d'être citoyens de l'Union. La population de Mayotte bénéficie de ce fait des droits associés à la citoyenneté. Au regard du droit de l'Union, elle n'est pas différente des autres populations des États membres, puisque l'Union n'opère aucune distinction entre les ressortissants, pourvu qu'ils aient la nationalité d'un État membre. En droit interne, une précision mérite toutefois d'être apportée, afin de mieux expliciter la situation particulière dans laquelle elle trouve vis-à-vis de l'Union.

Prima facie, l'expression « population de Mayotte », issue de celle constitutionnelle de « populations d'outre-mer » doit être entendue dans un sens élargi comme incluant non seulement les personnes originaires de l'île, mais également toute personne pouvant se prévaloir de mêmes droits que les natifs de Mayotte.

La particularité de l'île de Mayotte au regard du droit de l'Union réside dans le fait qu'elle a été soumise à deux régimes juridiques différents durant deux périodes distinctes⁴ : celui de PTOM⁵, puis aujourd'hui celui de région

² Rapport 2013 de la Commission sur la citoyenneté de l'Union, COM (2013) 269 final, 8 mai 2013.

³ Conclusions de l'avocat général Jacob présentées le 19 mars 1998 sur l'arrêt CJCE, 24 novembre 1998, *Horst Otto Bickel et Ulrich Franz*, aff. C-274/96, pt 23.

⁴ À cet égard, la thèse de F. RAKONTONDRAHASO met en exergue la situation juridique de Mayotte en sa qualité de PTOM avant le 1^{er} janvier 2014, et en sa qualité de région ultrapériphérique à partir du 1^{er} janvier 2014 : F. T. RAKONTONDRAHASO, *Le statut de Mayotte vis-à-vis de l'Union européenne*, Aix-Marseille, PUAM, Coll. Droit d'Outre-mer, 2014, 333 p.

⁵ Les Pays et territoires d'outre-mer (PTOM) sont des territoires non européens soumis à la souveraineté d'un État membre (Danemark, France, Grande-Bretagne et Pays-Bas), ayant vocation à bénéficier du régime d'association défini dans la quatrième partie des traités CEE et CE et aux dispositions correspondantes du TFUE. Pour une étude approfondie, v. nos travaux, Thomas

ultrapériphérique⁶. De cette situation presque inédite⁷ découle la question de savoir s'il y a une unité ou au contraire une variation dans la jouissance effective des droits découlant de la citoyenneté de l'Union selon le régime auquel l'île a été soumise.

Dans sa situation prévue par la quatrième partie du traité en tant que PTOM, c'est-à-dire antérieure au 1^{er} janvier 2014⁸, la population de Mayotte avait la qualité de citoyen de l'Union. En effet, bien que l'île de Mayotte ne fit pas partie du champ d'application territorial du droit de l'Union, sa population était incluse dans le champ d'application *ratione personae* du droit l'Union. Toutefois, elle ne jouissait qu'imparfaitement des droits liés à la citoyenneté de l'Union (I). Le passage du statut de PTOM à celui de région ultrapériphérique a eu une incidence déterminante quant à la jouissance effective des droits associés à la citoyenneté (II).

I.- Une jouissance insatisfaisante des droits attachés à la citoyenneté avant le 1^{er} janvier 2014

Les ressortissants des PTOM en leur qualité de ressortissants d'un État membre jouissent des droits afférents à la citoyenneté de l'Union. À cet égard, trois libertés au moins méritent d'être examinées : la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Leur exercice est soit délicat (A), soit conditionné (B).

A.- Une mise en œuvre délicate de la libre circulation des travailleurs

La libre circulation des travailleurs est reconnue aux ressortissants des PTOM dès le traité de Rome. Toutefois, sa mise en œuvre est demeurée plus

M'SAÏDIE, *Les Pays et territoires d'outre-mer dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Thèse, 2013, 647 p.

⁶ Les régions ultrapériphériques sont des territoires faisant partie intégrante de l'Union européenne, relevant de la souveraineté d'un État membre (France, Espagne et Portugal), et soumis au droit de l'Union (article 355, paragraphe 1 TFUE) avec des possibilités d'adaptation tenant compte de leur spécificité (article 349 TFUE). Pour une étude approfondie, v. I. OMARJEE, *L'outre-mer français et le droit social communautaire*, Paris, LGDJ, 2000, 648 p. V. aussi I. VESTRIS, *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 698 p.

⁷ Mayotte est le seul territoire ayant choisi de passer du statut de PTOM au statut de région ultrapériphérique. Saint-Barthélemy a fait le choix inverse en renonçant à son statut de région ultrapériphérique au profit de celui de PTOM depuis le 1^{er} janvier 2012 (voir la décision 2010/718/UE du Conseil européen, du 29 octobre 2010, modifiant le statut à l'égard de l'Union européenne de l'île de Saint-Barthélemy, *JOUE* n° L 325 du 9 décembre 2010, pp. 4-5).

⁸ Au 1^{er} janvier 2014, le statut de Mayotte, conféré en droit de l'Union, a subi une modification : l'île a en effet accédé au statut de région ultrapériphérique. V. ci-après.

délicate, au point que les rédacteurs du traité de Rome ont préféré la renvoyer à des conventions ultérieures⁹.

Aux termes de l'article 135 du traité instituant la Communauté économique européenne (TCEE) (entre-temps 186 TCE) devenu article 202 du TFUE, la libre circulation des travailleurs des PTOM dans les États membres et ceux des États membres dans les PTOM devait être réglée par des conventions requérant l'unanimité des États membres. Seules ces conventions permettraient l'activation de la libre circulation. La difficulté rencontrée est que ces conventions ne sont jamais intervenues. De là s'est posée la question de la jouissance effective de la libre circulation des travailleurs, à laquelle la doctrine et la jurisprudence ont tenté d'y répondre. La libre circulation des travailleurs des PTOM dans les États membres et inversement se veut être le principe, sous réserve des dispositions relatives à l'ordre public, à la santé publique et à la sécurité publique.

Selon la teneur littérale des dispositions de l'article 202 TFUE, l'absence de ces conventions empêche les ressortissants des PTOM dans les États membres et ceux des États membres dans les PTOM de s'en prévaloir en se fondant sur le droit communautaire – aujourd'hui droit de l'Union. L'approche littérale a permis à la Cour de justice, dans l'arrêt *Kaefer et Procacci* du 12 décembre 1990, de juger qu'« aucune convention n'étant cependant intervenue en ce domaine, les ressortissants des États membres ne peuvent pas se fonder sur le droit communautaire pour exiger le droit d'entrée et de séjour dans un pays ou territoire d'outre-mer pour accéder à un emploi salarié et l'y exercer »¹⁰. Une partie de la doctrine adopte également cette solution¹¹.

Néanmoins, selon une interprétation combinée des articles 20 et 21 TFUE, la libre circulation des travailleurs est applicable aux ressortissants des PTOM dans les États membres. Tel qu'il découle de la jurisprudence *Grzelczyk* de la Cour de justice du 20 septembre 2001, seul « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être fondamental » et permet un traitement égalitaire à tous les ressortissants des États membres, notamment quant aux droits associés à la citoyenneté. Les États membres n'opèrent aucune distinction entre leurs propres ressortissants et ceux des PTOM ayant la nationalité des États membres dont ils relèvent. Le seul fait d'être un national d'un État membre permet d'être citoyen de l'Union et de bénéficier de manière effective des droits qui en découlent. Par conséquent, dans le sens PTOM-Union, la libre circulation des travailleurs est opérante. En revanche, dans le sens Union-PTOM, en raison de l'absence des conventions, et surtout du décalage entre

⁹ V. en ce sens, P-F. GONIDEC, « L'association des pays d'outre-mer au Marché Commun », *AFDI*, vol. 4, n° 1, 1958, p. 612.

¹⁰ CJCE, 12 décembre 1990, *Peter Kaefér et Andréa Procacci c/ France*, aff. jtes C-100/89 et C-101/89, pt 13.

¹¹ J.-J. RIBAS, Marie-José JONCZY, J.-C. SECHE, *Traité de droit social européen*, Thémis, 1978, p. 200 ; M.-P. LANFRANCHI, *Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers*, Paris, Economica, 1997, p. 30 ; D. DORMOY, « Association des pays et territoires d'outre-mer (PTOM) à la Communauté européenne », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 473, 2007, p. 32.

l'approche territoriale et personnelle, les ressortissants des États membres ne bénéficient pas de la libre circulation des travailleurs. La combinaison de l'approche territoriale et personnelle permet de déduire que pour pouvoir jouir des droits associés à la citoyenneté, il faut être sur un territoire relevant du domaine d'application du droit de l'Union¹².

B.- Une mise en œuvre conditionnée de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services

1/ La liberté d'établissement

« La notion d'établissement (...) comporte l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre État membre pour une durée indéterminée »¹³. La liberté d'établissement est prévue par l'article 132, paragraphe 5 TCEE, devenu article 199, paragraphe 5, TFUE. Cette liberté s'exerce selon les modalités et procédures prévues au chapitre relatif au droit d'établissement, et sur une base non discriminatoire. L'exercice de cette liberté doit s'opérer conformément aux dispositions particulières prises en vertu de l'article 136 TCEE, devenu article 203 TFUE. La Cour de justice, dans l'affaire *Kaefer et Procacci*¹⁴, avait rappelé la condition de réciprocité intégrée dans la décision PTOM sur la base de laquelle elle avait rendu son arrêt. De la sorte, les ressortissants d'un État membre qui n'était pas en mesure de réserver le même traitement aux ressortissants des PTOM en matière d'établissement que celui réservé à ses propres ressortissants ne pouvaient exiger des autorités des PTOM le respect de la liberté d'établissement.

Par ailleurs, la liberté d'établissement est encadrée par le droit dérivé : les institutions de l'Union peuvent y apporter d'autres précisions que celles prévues dans le traité. À cet égard, les autorités des PTOM se voient accorder en vertu de l'article 45, paragraphe, 3 de la décision de 2001¹⁵, la faculté d'adopter des réglementations dérogeant au principe de non-discrimination, dans le but de promouvoir ou soutenir l'emploi local, en faveur de leurs habitants et activités locales. Cette faculté a été reprise par l'article 51, paragraphe 3 de la décision n° 2013/755/UE du Conseil, du 25 novembre 2013. La difficulté concernant Mayotte est que la mise en œuvre de cette faculté, constituant au demeurant une avancée significative, se heurte aux dispositions constitutionnelles françaises. Cette situation critiquable empêche la population de Mayotte de se voir appliquer une sorte de préférence locale en matière d'emploi, puisque la Constitution

¹² Voir en ce sens M. BENLOLO CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 506 et s.

¹³ CJCE, 25 juillet 1991, *Factortame*, aff. C-221/89, pt 20.

¹⁴ CJCE, 12 décembre 1990, *Peter Kaefers et Andréa Procacci c/ État français*, préc., pt 12.

¹⁵ Décision n° 2001/822/CE du Conseil, du 27 novembre 2001, relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne (« décision d'association outre-mer »), *JOCE* n° L 314 du 30 novembre 2001, p. 1-77.

française s'oppose à toutes mesures ayant pour objet d'entraver le principe constitutionnel d'égalité. Alors que les autres PTOM ainsi que les PTOM français jouissant de l'autonomie au sens de l'article 74 de la Constitution¹⁶ – la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française – peuvent mettre en œuvre les dérogations au principe de non-discrimination en matière du droit d'établissement.

De manière générale, lorsque les textes de droit de l'Union accordent un traitement privilégié aux entités associées, il appartient aux États dont ils relèvent d'en permettre la réalisation. Les dérogations ainsi accordées par l'Union ne préjugent en rien de leur mise en œuvre effective, surtout lorsque celle-ci n'est pas contraignante. Dès lors, ces dérogations peuvent se heurter aux dispositions internes, voire à la structure constitutionnelle interne d'un État membre de rattachement. Le cas de Mayotte est topique de cette difficulté découlant du rapport conflictuel entre deux normes de deux systèmes différents.

2/ La libre prestation des services

La libre prestation des services constitue un principe permettant à un opérateur économique qui fournit ses services dans un État membre de pouvoir les offrir temporairement dans un autre État membre sans devoir s'y établir. La libre prestation des services n'a jamais été envisagée par le droit primaire, sans doute pour des raisons d'opportunité, par ailleurs critiquables. En tout état de cause, ce silence des textes de droit primaire en matière de la libre prestation des services témoigne de la prudence dont ont fait preuve les rédacteurs des traités. En effet, l'application de la libre circulation des travailleurs s'est révélée délicate, faute de conventions devant intervenir pour régler cette matière, comme il a été dit. La situation n'a guère évolué, en dépit d'un contexte juridique et politique totalement différent de celui de 1957. La difficulté relative à la mise en pratique de la libre circulation des travailleurs a sans doute incité les rédacteurs du traité à ne pas réitérer une situation conflictuelle et préjudiciable aux entités associées. En laissant le soin au Conseil de régler cette matière, en l'intégrant notamment dans les décisions d'association régissant les rapports entre les PTOM à l'Union, cette dernière s'assure de son application effective.

Néanmoins, le principe de la libre prestation des services, s'agissant des PTOM, découle d'une extension¹⁷ du principe de la liberté d'établissement tel qu'envisagé par le Conseil dans sa décision du 25 février 1964¹⁸. Il a été repris par toutes les décisions d'association PTOM. Autrement dit, il s'agit d'une liberté

¹⁶ Voir en ce sens, T. M'SAÏDIE, « L'interprétation par le Conseil d'État du droit d'établissement : le cas de la Polynésie française », *RRJ*, 2014, n° 3, mars 2015, p. 1410.

¹⁷ Voir en ce sens D. DORMOY, « Association des pays et territoires d'outre-mer (PTOM) à la Communauté européenne », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 473, 2007, p. 31.

¹⁸ Décision n° 64/349/CEE du Conseil, du 25 février 1964, relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté économique européenne, *JOCE* n° 93 du 11 juin 1964, p. 1472.

encadrée là aussi par le droit dérivé, et donc susceptible de recevoir d'autres précisions, voire de faire l'objet de restrictions.

La passivité de l'Union en matière de la libre circulation des travailleurs, la mise en œuvre délicate de la liberté d'établissement et la non-reconnaissance par le droit primaire du principe de la libre prestation des services aux entités associées démontrent une jouissance insatisfaisante des droits attachés à la citoyenneté de l'Union par les ressortissants des PTOM en général et donc par la population de Mayotte. Les effets des droits liés à la citoyenneté de l'Union s'en trouvaient dilués. Cependant, un changement significatif peut être constaté depuis l'accession de Mayotte au statut de région ultrapériphérique en date du 1^{er} janvier 2014.

II.- Une jouissance effective des droits attachés à la citoyenneté à partir du 1^{er} janvier 2014

Territoire non européen, population européenne, telle était la situation paradoxale dans laquelle se trouvait Mayotte. Depuis le 1^{er} janvier 2014, les deux éléments sont confondus : territoire et population sont tous les deux Européens. Il découle de cette appréciation que la population de Mayotte, s'élevant approximativement à 212 600 habitants selon le dernier recensement de 2012, ne peut mettre en avant la spécificité de l'île pour se voir accorder un traitement spécifique (A). Toutefois, elle hérite désormais de certains droits généraux reconnus aux citoyens de l'Union européenne (B).

A.- La citoyenneté comme écran à l'invocation de la spécificité mahoraise

Depuis le 1^{er} janvier 2014, Mayotte hérite du statut de région ultrapériphérique prévue par les articles 349 et 355 TFUE¹⁹. À cet égard, sur l'île, le néologisme inélégant de « RUPéisation de Mayotte » a eu la même portée fédératrice que l'expression « départementalisation de Mayotte ». L'intégration de Mayotte à l'Union est donc une réalité concrète. La recherche de cohérence par les autorités françaises entre le statut interne et le statut conféré en droit de l'Union est effective. En effet, au-delà des considérations économiques, il s'agissait avant tout d'aligner une collectivité régie en droit interne par le statut de « Département », et plus justement par le régime d'identité législative, sur un statut européen plus cohérent, impliquant là aussi le régime d'identité, avec toutefois des adaptations.

Le changement de statut emporte une incidence déterminante quant à l'exercice effectif des droits afférents à la citoyenneté de l'Union. En effet, la question du décalage entre les approches territoriale et personnelle ne se pose plus,

¹⁹ Décision n° 2012/419/UE du Conseil européen du 11 juillet 2012 modifiant le statut à l'égard de l'Union européenne de Mayotte, *JOCE* n° L 204 du 31 décembre 2012.

le critère de nationalité déploie tous ses effets. Les Mahorais jouissent désormais, de manière satisfaisante, sans qu'il soit nécessaire de se livrer à une analyse acrobatique des textes de l'Union, des droits découlant de la citoyenneté de l'Union. Ils bénéficient donc de la libre circulation des travailleurs, de la liberté d'établissement, de la libre prestation des services...

Au demeurant, il nous semble significatif que le statut de région ultrapériphérique permette une meilleure assimilation de la population de Mayotte aux ressortissants des autres États membres, et donc une meilleure activation des droits conférés par la citoyenneté de l'Union. Il permet de surmonter, de manière efficace, les obstacles dus à la subordination de l'exercice des droits attachés à la citoyenneté à une condition de territorialité.

Sachant la particularité de l'île, et des régions ultrapériphériques de manière générale, se pose la question de savoir si, sur le fondement des dispositions de l'article 349 TFUE, qui prévoit des mesures d'adaptation en faveur des régions ultrapériphériques, la population de Mayotte peut se voir reconnaître un traitement et un statut spécifiques. Sur cette question, la jurisprudence apporte une réponse claire en s'attachant essentiellement au statut de citoyen de l'Union. Le juge a, en effet, affirmé dans l'arrêt *Grzelczyk* du 20 septembre 2001 que le statut de citoyen de l'Union, en ce qu'il constitue le seul élément déterminant, ou selon le qualificatif retenu par le juge le seul élément « fondamental », commande un traitement juridique identique à tous les ressortissants des États membres se trouvant dans la même situation, « indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard »²⁰.

Toujours dans le prolongement de cette idée, la Cour de justice indique dans l'arrêt *Zambrano*, rendu le 8 mars 2011, que l'article 20 TFUE « s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »²¹. Le principe de non-discrimination s'oppose à ce que, par exemple, un Mahorais puisse invoquer son origine pour se prévaloir d'une préférence locale, même si un traitement juridique exceptionnel pourrait être envisagé, pour autant que la législation française permette la mise en œuvre d'un tel traitement. Toutefois, sur le fondement de l'article 349 TFUE, la population de Mayotte peut se voir accorder un traitement spécifique quant à l'accès aux programmes horizontaux.

²⁰ CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c/ Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99, pt 31 ; CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop c/ Office national de l'emploi*, aff. C-224/98, pts 27 et 28 ; CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, pt 82 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c/ Belgique*, aff. C-148/02, pt 22 ; CJCE, 19 octobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-200/02, pt 25 ; CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann c/ Freistaat Bayern*, aff. C-135/08, pt 43.

²¹ CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c/ Office national de l'emploi (ONEm)*, préc., pt 42 ; V. également CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann*, préc., pt 42.

Du fait que Mayotte se trouve désormais intégralement dans le domaine d'application du traité, les ressortissants des États membres voulant s'y installer bénéficient d'un traitement analogue à celui réservé à la population de Mayotte et inversement. Des dispositions spécifiques ne peuvent être réservées à la population de Mayotte. La citoyenneté de l'Union constitue une sorte d'écran empêchant d'invoquer la spécificité mahoraise pour se voir réserver un traitement particulier.

En tout état de cause, le fait d'être originaire de Mayotte n'a aucune incidence sur les droits conférés par la citoyenneté, puisque l'origine mahoraise s'efface devant la qualité de citoyen de l'Union²².

B.- La jouissance d'autres droits

Les citoyens de l'Union, en plus des droits spécifiques dont ils jouissent, bénéficient d'un certain nombre de « droits généraux », tels que la protection sociale, l'accès à l'emploi... Le changement statutaire de l'île de Mayotte a permis de mettre de la clarté dans la reconnaissance des diplômes qui y sont délivrés. En effet, le statut des diplômes délivrés par les PTOM, de manière générale, n'a jamais été précisé. Toutefois l'on pouvait déduire, à la lumière de la jurisprudence *Leplat* du 12 février 1992, que ces diplômes, du fait qu'ils étaient obtenus et délivrés dans un PTOM, ne rentraient pas dans le champ des directives de reconnaissances mutuelles²³. Le juge dans l'arrêt *Leplat* a clairement indiqué que le droit de l'Union n'est pas applicable aux PTOM sans une référence expresse²⁴. Nonobstant le silence de ces directives, cette appréciation se trouve corroborer par les dispositions de l'article 45, paragraphe 4 de la décision^o 2001/822/CE du Conseil, du 27 novembre 2001²⁵. Cet article prévoit que « *pour les professions de médecin, dentiste, sage-femme, infirmière de soins généraux, pharmacien et vétérinaire, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, arrête la liste des qualifications professionnelles propres aux habitants des PTOM qui seront reconnues dans les États membres* ». Une liste de professions pouvant bénéficier de cette reconnaissance communautaire a donc été établie²⁶. Grâce à son nouveau statut européen, les diplômes obtenus et délivrés à Mayotte entrent dans le champ des systèmes de reconnaissance des diplômes.

²² Voir en ce sens, J. ZILLER, « L'Union européenne et l'outre-mer », *Pouvoir*, 2005/2, n° 113, p. 152.

²³ J. ZILLER, « Champ d'application de l'Union, application territoriale », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 470, 2013, p. 24.

²⁴ CJCE, 12 février 1992, *Bernard Leplat c/ Territoire de la Polynésie française*, aff. C-260/90, pt 10 ; CJCE, 28 janvier 1999, *A. J. Van der Kooy c/ Staatssecretaris van Financiën*, aff. C-181/97, pt 37 ; CJCE, 22 novembre 2001, *Pays-Bas c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-110/97, pt 49.

²⁵ Décision n° 2001/822/CE du Conseil, du 27 novembre 2001, relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne (« décision d'association outre-mer »), *JOCE* n° L 314 du 30 novembre 2001.

²⁶ I. OMARJEE, « Les statuts constitutionnels des ressortissants des outre-mers », in L. TESOKA, J. ZILLER (dir.), *Union européenne et outre-mers : unis dans leur diversité*, Aix-Marseille, PUAM, 2008, p. 68.

Les Mahorais peuvent également poursuivre leurs études dans un autre État membre que celui auquel leur île est rattachée constitutionnellement.

L'accès aux soins de santé dans un autre État membre peut être envisagé, surtout lorsqu'on connaît les difficultés auxquelles l'île est confrontée dans ce domaine précis : elle se trouve dans une situation préoccupante de désert médical.

Par ailleurs, « la libre circulation conditionne ou favorise l'exercice d'un large éventail de droits conférés aux citoyens par la législation de l'Union, comme leur droit de consommateurs d'acquérir des biens et des services ou leurs droits en tant que passagers et touristes »²⁷. La question de la protection du consommateur reçoit une acuité particulière sur l'île lorsqu'on sait le récent scandale autour des ciments au « chrome 6 » survenu en octobre 2013 à Mayotte, qui a entraîné des dégâts dévastateurs, en raison de sa toxicité aigüe. L'île de Mayotte fait désormais partie intégrante de l'Union européenne, dès lors son régime douanier n'est plus autonome : le territoire mahorais est soumis au régime douanier commun de l'Union. Ce faisant, les produits à l'importation dans le territoire de Mayotte doivent se conformer à des exigences garantissant une protection accrue des intérêts publics tels que la santé et la sécurité, la protection des consommateurs, la protection de l'environnement.

Conclusion

En définitive, à l'instar des autres PTOM, Mayotte, avant le 1^{er} janvier 2014, était dotée d'un instrument juridique lui conférant une très grande souplesse. Elle avait en quelque sorte la maîtrise de ses flux migratoires et de ses échanges commerciaux. *A contrario*, ce statut de PTOM, dont elle était dotée, était à l'origine d'une application imparfaite des droits afférents à la citoyenneté de l'Union. Cette situation critiquable est due en partie à l'ambiguïté des dispositions régissant les PTOM, mais surtout au décalage existant entre le champ d'application territorial et personnel du droit de l'Union. Elle alimente la thèse selon laquelle les droits attachés à la citoyenneté connaîtraient une application fragmentaire, et auraient des champs d'application différents.

La modification à l'égard de l'Union du statut de Mayotte, en vertu de la décision n° 2012/419/UE du Conseil, du 11 juillet 2012, a permis une clarification quant à l'exercice des droits découlant de la citoyenneté. Le contenu de la citoyenneté de l'Union est désormais visible et concret.

²⁷ Décision n° 1093/2012/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 relative à l'Année européenne des citoyens (2013), *JOUE* n° L 325 du 23 novembre 2012.

Le droit souple au secours du règlement ? De l'usage approprié des lignes directrices pour les congés bonifiés

Edwin MATUTANO

*Docteur en droit
Avocat à la cour*

Résumé :

À la faveur de ses réflexions sur le droit souple, le Conseil d'État, dans son rapport annuel pour 2013, a paru donner le signal du renouveau pour l'usage des directives dans l'Administration. Depuis lors, sa jurisprudence a consacré ce choix en les dénommant « lignes directrices » et en précisant la définition de ces actes administratifs, à mi-chemin entre décisions et circulaires. La gestion des congés bonifiés, auxquels ont droit des fonctionnaires exerçant dans certaines collectivités territoriales ultramarines ou, s'ils ont des attaches dans ces collectivités territoriales, en métropole, présente les caractéristiques idoines pour devenir le terrain d'élection du recours à l'une de ces lignes directrices.

Summary :

The Council of State, which had been delving into the question of soft law, appeared to bring the use of directives in the Administration back to the fore in its 2013 annual report. Since then, its jurisprudence confirmed this inclination by calling directives "guidelines" and by clarifying the definition of these administrative acts located halfway between decisions and memorandums.

Directives might eventually be used to manage the supplementary leave some civil servants working in overseas territorial collectivities or attached to these collectivities' antennas in mainland France are entitled to.

Les spécialistes du droit de la fonction publique de l'État et de la gestion des ressources humaines des administrations connaissent bien les congés bonifiés, institués par le décret n° 78-399 en date du 20 mars 1978, lequel les a substitués aux congés administratifs antérieurement prévus par l'article 8 du décret n° 47-2412 du 31 décembre 1947 fixant à titre provisoire le régime de rémunération et les avantages accessoires des personnels de l'État en service dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de La Réunion.

Un décret n° 87-482 du 1^{er} juillet 1987 en a, partiellement, étendu le bénéfice aux fonctionnaires hospitaliers et le décret n° 88-168 du 15 février 1988 pris pour l'application des dispositions du deuxième alinéa du 1^o de l'article 57 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale en a fait de même au profit des fonctionnaires territoriaux.

Ces congés bonifiés font périodiquement l'objet de critiques, dus à leur coût, en des temps où la gestion des deniers publics commande des restrictions et des économies.

À telle enseigne que sous la législature précédente, un avant-projet du Gouvernement¹ tendait à remodeler les dispositions réglementaires précitées de manière à limiter l'octroi de ces congés, dont la raison d'être est de permettre à des fonctionnaires, initialement ceux de l'État, en exercice dans un département d'outre-mer ou à Saint-Pierre-et-Miquelon, à Saint-Barthélemy ou à Saint-Martin et ayant leur résidence habituelle hors de la collectivité territoriale où ils exercent, de bénéficier, tous les trois ans, d'un congé dit « bonifié » comportant la prise en charge par l'administration qui les emploie des frais de voyage y afférents, entre la collectivité territoriale où ils accomplissent leurs fonctions et le territoire où ils possèdent leur résidence habituelle ou entre le territoire européen de la France et la collectivité territoriale où ils exercent et où ils possèdent leur résidence habituelle. De surcroît, ces congés sont rémunérés, la rémunération étant, le cas échéant, augmentée des coefficients de majoration des traitements applicables dans les collectivités territoriales concernées.

Si des décrets ont institué cet avantage aux agents titulaires des trois fonctions publiques, les conditions de son octroi donnent lieu à des applications disparates et inégales, car les conditions présidant à son attribution n'ont pas été précisées par les textes réglementaires en vigueur. C'est ainsi que la notion centrale de « résidence habituelle » n'a pas été définie, sinon en indiquant qu'elle correspondait au lieu où le fonctionnaire possède le centre de ses intérêts moraux et matériels, ce qui a contribué à déplacer la difficulté, les règlements en vigueur n'ayant pas davantage défini cette dernière notion.

De surcroît, accordé d'abord aux fonctionnaires de l'État, puis, par étapes et seulement partiellement, aux fonctionnaires hospitaliers et territoriaux, en ignorant la situation de Mayotte, qui, alors, n'était pas un Département, le bénéfice du droit à ces congés bonifiés n'est pas d'application uniforme dans les trois fonctions publiques et au sein des personnes publiques concernées.

C'est la raison pour laquelle, des actes à portée non impérative (circulaires, avis) sont venus apporter des précisions et poser des critères pour l'attribution ou le refus de l'octroi de cet avantage.

¹ Cf. Rép. min. n° 44945 : JOAN Q 19 mai 2009, p. 4956.

Néanmoins, ne pouvant décider en lieu et place d'un texte réglementaire, ces actes dont la normativité n'est pas aussi solidement établie, ne peuvent encadrer efficacement l'action des administrations employeurs.

Une solution serait évidemment de modifier les décrets précités en harmonisant les pratiques et en rendant homogènes les règles applicables aux trois fonctions publiques. Elle permettrait également de conforter la légalité, aujourd'hui douteuse, de dispositions, en raison de ce qu'elles trouvent leur source, non dans un texte réglementaire, mais dans une circulaire.

Toutefois, cette solution présenterait le risque d'ouvrir une fois de plus des débats sur le point de savoir s'il serait opportun de maintenir ou non cet avantage, en son principe même, prenant ainsi le plus souvent en otage les fonctionnaires originaires des collectivités ultramarines concernées. Et l'on comprendrait que le Gouvernement veuille éviter de tels débats dont l'Administration ne sortirait pas grandie.

Mais, le droit des actes administratifs offre une possibilité qui paraît adaptée à ce cas, souvent épineux pour les gestionnaires et à l'origine d'injustices vivement ressenties de la part des agents.

Il s'agit de l'emploi des lignes directrices, désormais intitulées comme telles par le Conseil d'État, tant au travers de son rapport annuel² que de sa jurisprudence³.

Ces lignes directrices, continuatrices des directives de la jurisprudence « Crédit foncier de France⁴ », constituent par le mélange de souplesse et de rigueur qui les caractérise, des actes en phase avec les contraintes qui pèsent sur les administrations ayant en charge l'octroi des congés bonifiés.

Dans cette perspective, la présente étude se propose, dans un premier temps, de dresser l'état du droit et ses incertitudes, avant de démontrer l'apport et le progrès, au regard de la situation actuelle, que constituerait l'utilisation d'une ligne directrice en ce domaine.

I.- Les congés bonifiés : un avantage inégalement réparti et accordé inéquitablement

D'un examen attentif du corpus de textes applicable aux congés bonifiés, il résulte que les conditions de leur octroi sont soumises à des variations, lesquelles

² Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, Paris, La Documentation française, n° 64.

³ CE, 19 septembre 2014, *M.A. et Association pour l'enseignement français à l'étranger*, req. n° 364385.

⁴ CE Sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France c/ M^{lle} Gaupillat et M^{me} Ader*, req. n° 78880, p. 750.

résultent, tout d'abord, des dispositions réglementaires elles-mêmes, cependant que d'autres sont issues de pratiques ou d'actes administratifs relevant du droit dit « souple ».

A.- Les distorsions nées des règlements en vigueur

En premier lieu, *rationae personae*, le décret n° 78-399 en date du 20 mars 1978, pour les fonctionnaires de l'État et les décrets équivalents pour les fonctionnaires hospitaliers et territoriaux (respectivement, décrets n° 87-482 du 1^{er} juillet 1987 et n° 88-168 du 15 février 1988) ont réservé cet avantage aux fonctionnaires, les agents non titulaires des trois fonctions publiques en étant exclus.

En outre, ainsi qu'il l'a été indiqué précédemment, les décrets des 1^{er} juillet 1987 et 15 février 1988 se sont contentés d'une extension partielle aux fonctions publiques hospitalière et territoriale.

Effectivement, ces deux décrets n'ont étendu le bénéfice des congés bonifiés qu'aux seuls fonctionnaires exerçant en métropole tout en ayant leur résidence habituelle, c'est-à-dire, le centre de leurs intérêts moraux et matériels, dans un département d'outre-mer.

Dans la fonction publique de l'État, en revanche, les fonctionnaires qui exercent dans un département d'outre-mer, à Mayotte, à Saint-Pierre-et-Miquelon, à Saint-Martin et à Saint-Barthélemy tout en ayant leur résidence habituelle en métropole peuvent se voir accorder l'octroi de cet avantage. Il existe donc une dissymétrie voulue par les textes entre la fonction publique de l'État d'une part et les fonctions publiques territoriale et hospitalière d'autre part.

Et l'on se doit d'ajouter que le décret du 20 mars 1978 prévoit d'autoriser les fonctionnaires possédant leur résidence habituelle dans une des collectivités territoriales ultramarines concernées et y exerçant, à passer un congé bonifié en métropole. De même en est-il des fonctionnaires dont la résidence habituelle se trouve dans une des huit collectivités territoriales d'outre-mer visées et qui exercent dans une autre de ces mêmes collectivités territoriales⁵. Par là, le régime applicable aux congés bonifiés dans la fonction publique de l'État se distingue également et à un double titre, de celui qui régit fonctionnaires hospitaliers et territoriaux.

En outre, *rationae loci*, lorsque le décret fut pris en 1978 pour les agents de l'État, seuls étaient concernés ceux parmi ces derniers qui, soit exerçaient dans un département d'outre-mer, soit y possédaient leur résidence habituelle, c'est-à-dire, le centre de leurs intérêts moraux et matériels.

⁵ Toutefois, aux termes de l'article 2 du décret du 20 mars 1978, la Martinique et la Guadeloupe sont considérées comme faisant partie du même Département d'outre-mer.

Saint-Pierre-et-Miquelon était alors un département d'outre-mer et Saint-Barthélemy, comme Saint-Martin, faisaient partie du territoire du département d'outre-mer de la Guadeloupe. En revanche, Mayotte n'appartenait pas à cette catégorie de collectivités territoriales et il fallut attendre le plein effet de la départementalisation de cette collectivité, opérée par la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, pour que le droit aux congés bonifiés y soit étendu et ce fut l'œuvre du décret n° 2014-729 du 27 juin 2014 portant application à Mayotte des dispositions relatives aux congés bonifiés pour les magistrats et fonctionnaires⁶. Eu égard aux termes employés par l'article 1^{er} du décret du 27 juin 2014, qui prévoit que : « *Les dispositions des décrets du 20 mars 1978, du 1^{er} juillet 1987 et du 15 février 1988 s'appliquent à Mayotte* », la distorsion entre la fonction publique de l'État et les deux autres fonctions publiques a été maintenue pour le Département de Mayotte.

Il reste que la Martinique et la Guyane ayant cessé, depuis le 1^{er} janvier 2016, d'appartenir à la catégorie des départements d'outre-mer, le lien traditionnel entre cette série de collectivités territoriales et les congés bonifiés s'amenuise continuellement.

B.- Les différences issues de la pratique et du droit « souple »

Il convient d'emblée d'évoquer à cet effet une différenciation qui affecte à nouveau le régime des congés bonifiés selon qu'il s'applique aux agents de l'État ou à ceux relevant des fonctions publiques territoriale et hospitalière.

En effet, la durée des congés bonifiés est de trente jours, au maximum, en vertu des dispositions réglementaires pertinentes (article 6 du décret du 20 mars 1978 ; article 4 du décret du 1^{er} juillet 1987 ; article 1^{er} du décret du 15 février 1988 renvoyant aux conditions issues du décret du 10 mars 1978).

Or, à l'attention des seuls fonctionnaires de l'État, selon une simple circulaire⁷, modifiée en 1983⁸ et en 1985⁹, le maximum de la durée des congés bonifiés a été porté à soixante-cinq jours consécutifs.

⁶ Dans l'intervalle, le décret n° 2007-955 du 15 mai 2007 relatif au congé spécifique à Mayotte des magistrats et fonctionnaires civils de l'État avait créé un congé « spécifique » à l'attention des agents titulaires de l'État exerçant leurs fonctions en métropole et détenant le centre leurs intérêts moraux et matériels à Mayotte ; ce texte a été abrogé par le décret du 27 juin 2014.

⁷ Circulaire du 16 août 1978 concernant l'application des dispositions du décret n° 78-399 du 20 mars 1978 relatif, pour les Départements d'outre-mer, la prise en charge des frais de voyage de congés bonifiés accordés aux magistrats et fonctionnaires civils de l'État (J.O. du 27 août 1978, p. 6746).

⁸ Par la circulaire du 16 septembre 1983 relative à la durée des congés bonifiés accordés aux magistrats et fonctionnaires civils de l'État (J.O. du 6 octobre 1983, p. 59088).

⁹ Par la circulaire du 25 février 1985 relative à l'application du décret n° 85-257 du 19 février 1985 relatif, pour les Départements d'outre-mer, à la prise en charge des frais de voyage de congés bonifiés accordés aux magistrats et fonctionnaires civils de l'État (J.O. du 14 mars 1985, p. 319).

Mais les principales difficultés dans l'application de la réglementation et dans l'octroi ou le refus des congés bonifiés tournent autour du contenu de la « résidence habituelle » ou du « centre des intérêts moraux et matériels ».

Et du fait des différences d'appréciation se faisant jour, des circulaires, ainsi qu'un avis du Conseil d'État ont posé des critères censés aider les décideurs, gestionnaires des ressources humaines et aptes à cerner ces deux notions quelque peu énigmatiques.

Car, d'emblée, les actes non normatifs, dépourvus de ce caractère « impératif » qu'attache, depuis sa jurisprudence *Duvignères*, à certaines circulaires, le Conseil d'État, ont été appelés à l'aide afin de circonscrire les notions en cause.

Il convient de souligner que la circulaire du 16 août 1978 précitée en note n° 7, ne fut pas d'un grand secours, puisqu'elle se contentait d'indiquer que le décret du 20 mars 1978, par l'emploi de l'expression de « résidence habituelle », renvoyait à celle de « centre des intérêts moraux et matériels fixée par la jurisprudence du Conseil d'État » et confiait à une circulaire ultérieure le soin de venir la « préciser ».

Cette dernière circulaire intervint : ce fut celle du 5 novembre 1980 relative à la définition de la notion de résidence habituelle signée par le ministre du Budget, le secrétaire d'État auprès du Premier ministre et le secrétaire d'État auprès du Ministre de l'Intérieur chargé des départements d'outre-mer et des territoires d'outre-mer¹⁰.

La notion, peu compréhensible, issue du décret du 20 mars 1978 fut donc expliquée par voie de circulaire. Cette dernière, toujours en vigueur, à l'instar de celle du 16 août 1978, indique que l'agent qui fait une demande pour bénéficier d'un congé bonifié doit apporter la preuve de la localisation de sa résidence habituelle.

À cet effet, la circulaire recommande de s'appuyer sur plusieurs critères, qu'elle mentionne, tout en soulignant qu'ils ne présentent pas de caractère exhaustif. Elle précise, en outre, que selon les circonstances propres à chaque espèce, plusieurs parmi ceux-ci peuvent se combiner sous le contrôle du juge.

Ces critères sont les suivants : le domicile des père et mère et à défaut, des parents les plus proches, les biens fonciers dont l'agent est propriétaire ou locataire, en indiquant les périodes durant lesquelles il les a occupés et s'ils sont utilisés par des membres de sa famille, l'agent pouvant prouver ses déclarations à ce sujet par tous moyens utiles (inscription au rôle des contributions, inscription sur les listes électorales, quittances de loyer, attestations du maire, certificats de

¹⁰ J.O. du 29 novembre 1980, p. 10387 ; circulaire mise en ligne sur circulaires.gouv.fr.

scolarité des enfants...), le domicile avant l'entrée dans l'administration, le lieu de naissance, le bénéfice antérieur d'un congé bonifié, ainsi que « *tous autres éléments d'appréciation pouvant en tout état de cause être utiles aux gestionnaires* ».

En cas de litige, la circulaire recommande de s'adresser au secrétaire d'État auprès du Premier ministre chargé de l'Outre-mer.

Il est revenu à un autre acte, non contraignant juridiquement, de compléter cet ensemble d'indications ; il s'agit de l'avis du Conseil d'État (section des finances), n° 328510 du 7 avril 1981, au rapport de M. Gibert. Cet avis n'a pas été publié, mais figure dans la base de données des avis du Conseil d'État.

Cet avis, émis consécutivement à une saisine du Ministre du Budget, ne portait pas sur l'octroi des congés bonifiés. Il se rapportait à l'indemnité d'éloignement, aujourd'hui supprimée et répondait à la question de savoir si des fonctionnaires originaires d'un département d'outre-mer, installés en métropole avant leur recrutement par l'Administration et exerçant en métropole, étaient éligibles à l'attribution de cette indemnité du fait qu'ils auraient conservé le centre de leurs intérêts moraux et matériels dans leur département d'origine, nonobstant cette installation sur le territoire métropolitain précédant leur entrée dans l'Administration.

Selon l'avis, l'installation en métropole ne constitue qu'une présomption du transfert, par ces agents, du centre de leurs intérêts moraux et matériels. Cette présomption est insuffisante et le Conseil d'État considère que pour apprécier la réalité du lieu du centre des intérêts moraux et matériels d'un de ces agents, il peut être tenu compte du lieu de résidence des membres de sa famille, du degré de parenté de ces derniers avec lui, de leur âge, de leur activité, voire de leur état de santé, également, de l'endroit où le fonctionnaire est soit propriétaire, soit locataire, de biens fonciers, soit encore, titulaire de comptes bancaires, d'épargne ou postaux, de la commune où il s'acquitte de ses impositions, en particulier de l'impôt sur le revenu. Le Conseil d'État indique que d'autres éléments peuvent être pris en compte, tels son lieu de naissance, son domicile civil avant son entrée dans l'Administration, le lieu de ses précédentes affectations professionnelles, son lieu d'inscription sur les listes électorales ou l'octroi d'un congé bonifié.

Enfin, à l'image de la circulaire du 5 novembre 1980, l'avis du Conseil d'État émet la même réserve relative à l'absence d'exhaustivité des critères énoncés et à leur éventuelle combinaison, au cas d'espèce, sous le contrôle du juge. Il complète cette analyse en estimant que le centre des intérêts moraux et matériels étant susceptible de varier dans le temps, il échet, parfois, de constater son transfert.

En premier lieu, si globalement, ces deux actes convergent au sujet de l'appréciation du centre des intérêts moraux et matériels, les critères qu'ils mettent

en œuvre en les citant expressément ne concordent pas intégralement. De surcroît, la circulaire de 1980 mentionne certains critères (inscription au rôle des contributions, inscription sur les listes électorales, quittances de loyer, attestations du maire, certificats de scolarité des enfants) en ce qu'ils peuvent servir à administrer la preuve de la localisation d'un bien foncier dont l'agent se dit propriétaire ou locataire, alors que l'avis du Conseil d'État fait des deux premiers de ceux-ci (inscription au rôle des contributions et inscription sur les listes électorales) des critères autonomes. De même, si l'avis du Conseil d'État apporte davantage de détails à propos des membres de la famille de l'agent, il ne mentionne même pas le lieu de naissance de l'agent. Enfin, nous l'avons relevé, il appelle l'attention sur le caractère changeant du centre des intérêts moraux et matériels et en dégage l'idée de transfert, qui ne figure pas dans le décret du 20 mars 1978.

Sur le fondement de ces textes non décisives, des pratiques se sont forgées, disparates, entre les fonctions publiques et au sein de chacune d'elles, entre services gestionnaires, parfois même, entre unités dépendant de la même autorité.

Avec le temps, ces pratiques sont, en outre, devenues plus restrictives. La tendance de nombreuses administrations fut de refuser l'octroi des congés bonifiés en ne prenant en considération, par exemple, qu'un seul des critères susénoncés, au mépris des termes des actes mêmes qui les ont dégagés. Des fonctionnaires originaires des départements concernés ont été découragés de solliciter cet octroi, eu égard aux pratiques couramment admises dans leurs services. De plus en plus, les services gestionnaires ont développé des doctrines personnelles, des lignes de force dépourvues de lien et de compatibilité avec celles à l'œuvre ailleurs. L'obtention du bénéfice des congés bonifiés est devenue un parcours de longue haleine et presque à risques, certains agents craignant d'être stigmatisés, parce qu'ils se contentaient de le solliciter.

C'est pourquoi la Direction générale de l'Administration et de la fonction publique s'est vue obligée de procéder à un rappel, au moyen d'une nouvelle circulaire, en date du 3 janvier 2007, mise en ligne sur circulaires.gouv.fr.

Cette circulaire récapitule l'ensemble des critères énumérés par la circulaire du 5 novembre 1980 et l'avis du Conseil d'État du 7 mai 1981. En outre, elle précise explicitement que l'octroi de congés bonifiés ne peut être refusé en raison de ce que l'un de ces critères ferait défaut et met l'accent sur le caractère non exhaustif de ceux-ci.

Malgré ce rappel, il semble que les pratiques disparates soient toujours usitées et l'on voudrait, dans un souci de bonne administration, montrer en quoi l'emploi d'une ligne directrice pourrait s'avérer adapté afin d'y mettre un terme.

II.- La ligne directrice : un acte approprié au cas d'espèce

En premier lieu, il convient de rappeler l'objet et la fonction de cet instrument, jadis connu comme « directive » et que le Conseil d'État a rattaché, dans son rapport précité, expressément, au « droit souple ». Puis, dans un second temps, convient-il de souligner l'adéquation de l'emploi de cet acte au présent sujet.

A.- Les lignes directrices : actes administratifs para-décisoires

Les lignes directrices, dégagées sous le vocable de « directives » par la jurisprudence précitée du Conseil d'État « Crédit foncier de France », sont usuellement présentées comme illustratives des actes non décisionnels pris par les autorités administratives. À ce titre, elles sont rangées dans la même division que les circulaires, dont elles sont effectivement proches, les mesures d'ordre intérieur, mais aussi les avis, vœux, recommandations, propositions, mesures préparatoires, certaines mises en demeure, les actes types, les renseignements, déclarations d'intention et réponses d'attente. Cependant, leur régime juridique, nuancé, apprend qu'elles empruntent certaines de leurs caractéristiques aux décisions, ce qui en fait des actes para-normatifs ou quasi-décisionnels.

Cette catégorie d'actes a été vivifiée par l'attention nouvelle accordée au droit dit « souple », par le Conseil d'État, notamment, à travers son rapport annuel pour 2013 précité¹¹, véritable « *proposition de droit souple du droit souple* », selon l'expression empruntée à deux auteurs¹².

Ce droit « souple » a toujours fait l'objet d'incertitudes en droit interne, tant en droit privé qu'en droit public. La dénomination, le statut, la portée des actes qui le composent, ont pu et peuvent encore, être source d'interrogations. Car, pour le juriste, se pose inévitablement la question de la portée, contraignante ou non, de tels actes, de leur opposabilité, de leur caractère exécutoire ou non.

De la sorte, il leur est parfois difficile de se tracer un chemin entre le simple document de travail, dont l'élaboration, la conception sont libres, dans la mesure où il ne produit pas d'effet obligatoire et l'acte normatif.

Il n'est pas ici dans notre propos d'inventorier le « droit souple » dans sa globalité et seules les lignes directrices retiennent notre attention.

¹¹ H. PAULIAT, « La consécration du droit souple : insuffisance des règles normatives, renforcement de la qualité du droit ? », *JCP A.*, n° 48, 25 novembre 2013, act. 912.

¹² E. NICOLAS et M. ROBINEAU, « Prendre le droit souple au sérieux ? - À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP G.*, n° 43, 21 octobre 2013, doctr. 1116.

En effet, ces actes quelque peu hybrides obéissent à un régime original qui rend compte de leur situation, entre circulaires et actes réglementaires. Leur objet est de tracer les orientations générales par lesquelles les services placés sous l'autorité de leur auteur doivent faire application d'une législation ou d'une réglementation. Non normatives, car ne créant ni droits ni obligations pour leurs destinataires¹³ et leurs termes étant dénués de caractère impératif¹⁴, les lignes directrices, anciennement dénommées directives, ne peuvent fixer de condition nouvelle qui ne soit prévue par la loi ou le règlement¹⁵ et leurs destinataires doivent toujours procéder à un examen individuel de chaque affaire relevant de leur champ, avant de suivre les orientations qu'elles décrivent¹⁶. Dans cet ordre d'idées, leurs destinataires peuvent s'écarter de leurs préconisations lorsque, à l'occasion de l'examen individuel d'un cas, des considérations d'intérêt général ou les circonstances propres à chaque situation particulière le justifient¹⁷ et enfin, elles ne sont pas, par elles-mêmes susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir¹⁸.

Toutefois, elles doivent être publiées en vertu de l'article L. 312-2 du Code des relations entre le public et l'administration, même si, ainsi que le souligne René Chapus¹⁹, littéralement, la loi n'impose la publication que de celles qui « *comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives* » et les usagers peuvent s'en prévaloir et les invoquer à l'occasion des recours qu'ils exercent contre les décisions individuelles prises dans la lignée de leur intervention.

Curieusement, le Conseil d'État avait initialement paru fermer la porte du droit de la fonction publique à ces actes, ainsi que l'avait relevé un auteur²⁰.

Opportunément, le Conseil d'État est revenu sur cette position originelle, puisque, dans son rapport annuel pour 2013 précité, en page 13, regrettant que la jurisprudence *Crédit foncier de France* n'ait pas eu la postérité que l'on eût pu envisager, il recommande l'emploi des lignes directrices dans quatre fonctions, dont « *l'accompagnement d'un pouvoir de dérogation individuel à la règle de droit et la définition d'orientations en matière de gestion des agents publics* ». Par là, il illustre un des buts possibles qu'il assigne²¹ au droit « souple » dans son ensemble, savoir, l'accompagnement de la mise en œuvre du droit dur.

¹³ J-B. AUBY, « Des directives aux "lignes directrices" », *Droit administratif*, n° 12, décembre 2014, comm. 70.

¹⁴ CE, 3 mai 2004, *Comité anti-amante Jussieu*, req. n° 254961.

¹⁵ CE, 1er octobre 1993, *Messager et association « -École de la croix »*, p. 254.

¹⁶ CE Sect., 29 juin 1973, *Société Géa*, p. 453.

¹⁷ CE, 19 septembre 2014, *M.A. et Association pour l'enseignement français à l'étranger*, req. n° 364385.

¹⁸ CE, 18 octobre 1991, *Union nationale de la propriété immobilière*, p. 338.

¹⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 15^e édition, Paris, Montchrestien, 2001, p. 521.

²⁰ P. BOUTELET, « Pas de directives en droit de la fonction publique », *AJFP*, 1996, n° 3, p. 10, à propos de CE, 13 mars 1996, *Facq*.

²¹ Rapport annuel pour 2013, p. 97.

L'appropriation de l'usage d'une ligne directrice à la matière des congés bonifiés apparaît particulièrement bienvenue, eu égard à ce qui a été dit *supra* de ces congés et des difficultés pour les administrations à suivre une ligne cohérente lors de leur application.

B.- La ligne directrice, instrument adapté aux congés bonifiés

S'il est un domaine du droit de la fonction publique qui pourrait servir de terrain d'élection à l'usage de cette variété d'actes administratifs, c'est bien celui relatif à l'application des règlements relatifs à l'octroi des congés bonifiés.

Les avantages seraient multiples : les administrations disposeraient d'un instrument unique afin d'orienter le traitement des demandes de congés bonifiés des agents, cet acte infléchirait les listes de critères énoncés par la circulaire du 5 novembre 1980 et l'avis du Conseil d'État du 7 avril 1981 précités en faisant preuve d'une plus grande précision et par son style rédactionnel, il servirait de garde-fou à des dérives possibles de la part des administrations gestionnaires.

En effet, la ligne directrice ordonnerait les choix des administrations gestionnaires en leur imposant de retenir la réunion de deux ou trois des critères qu'elle énumérerait – et non pas un seul, comme en l'état actuel du droit – et en indiquant que d'aucune façon, un rejet d'une demande d'un agent ne pourrait s'appuyer sur la circonstance tenant à ce que l'un des critères dont la liste serait dressée ferait défaut dans le dossier de l'agent.

Par surcroît, elle fournirait l'occasion d'un toilettage des critères retenus explicitement par la circulaire du 5 novembre 1980 et l'avis du Conseil d'État du 7 avril 1981, validés par la circulaire précitée du 3 janvier 2007.

Ainsi, devrait-elle conséquemment écarter le critère de l'octroi antérieur d'un congé bonifié qui se contente d'entériner une pratique antérieure, laquelle est, aujourd'hui, trop variable d'une administration à une autre, pour être fiable. Et bien évidemment, conformément à ce qui a été dit *supra*, elle écarterait ainsi de plein droit la possibilité, pour les administrations, de se prévaloir de ce que l'agent n'aurait pas obtenu ou même, n'aurait jamais sollicité précédemment un tel octroi.

Au surplus, eu égard à la structure démographique des agents exerçant en métropole et ayant un lien avec un département d'outre-mer, le Département de Mayotte ou Saint-Pierre-et-Miquelon, il paraîtrait sage de ne plus retenir le critère tiré du lieu de naissance des intéressés.

La ligne directrice pourrait également se prononcer avec davantage de fermeté sur la notion de « transfert » du centre des intérêts moraux et matériels des agents. À cet effet, elle pourrait réitérer le principe selon lequel ce dernier doit être apprécié à la date à laquelle les agents font leur demande, tout en soulignant que l'appréciation portée à un moment donné par l'Administration ne peut valoir

localisation définitive de cette notion, laquelle, par définition, est évolutive et est donc susceptible de changer, dans un sens comme dans l'autre, dans le temps.

Au cas par cas, dans le respect de la jurisprudence du Conseil d'État, l'Administration pourrait s'écarter des termes de la directive, mais sans fixer sa propre doctrine se substituant ainsi à la ligne directrice, ce qui est souvent le cas à l'heure actuelle.

Par ailleurs, la ligne directrice pourrait réaffirmer avec davantage de vigueur et d'autorité ce que la circulaire du 5 novembre 1980 avait prévu, mais qui est devenu, dans bien des cas, lettre morte, à savoir, la consultation obligatoire, par les administrations gestionnaires, des services du Ministère chargé de l'Outre-mer.

Cette étape, utile, offrirait l'opportunité de renforcer l'harmonisation des pratiques suivies, car, lors de sa consultation, le Ministère de l'Outre-mer rappellerait aux administrations en cause les règles et la ligne directrice en vigueur. Il pourrait ainsi devenir, sinon le gardien, à tout le moins, le relais efficace de l'application de cette dernière.

La conciliation entre la détermination d'une position argumentée et la souplesse indispensable pour traiter ces demandes, du fait de la diversité des situations individuelles et de l'importance plus ou moins grande, selon les agents concernés, de la présence de tel ou tel critère, serait en conséquence assurée et les agents, comme leurs employeurs, y trouveraient une sécurité juridique qui fait défaut à présent.

Subséquemment, le droit « souple » secourrait le droit dur. Cependant, de la vision plus nuancée qui se dégage de la présente étude, il apparaît que ce serait plutôt un nouvel instrument du droit « souple », qui se substituerait avantageusement à ceux auxquels le droit dur a laissé sa place depuis plus de trente-cinq ans avec une fortune incertaine.

L'emploi d'une ligne directrice dans la matière des congés bonifiés constituerait également, donc, une occasion de rationaliser le recours aux circulaires, lesquelles ont pris, au fil du temps et malgré l'intervention du décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires, une place souvent démesurée dans l'action des administrations.

Le Conseil d'État y invite et sa jurisprudence la plus récente balise encore davantage le terrain dans cette voie. La Haute juridiction a effectivement précisé ce qu'il fallait entendre par « ligne directrice » à la faveur du jugement d'un contentieux relatif à la délivrance d'un titre de séjour à des étrangers²². Par cette décision importante, le Conseil d'État dégage un critère marquant la distinction

²² CE Sect., 4 février 2015, *Ministre de l'Intérieur c/ Cortes Ortiz*, req. n° 383267.

entre lignes directrices et simples circulaires²³. Dans un considérant de principe, le quatrième, il réserve la qualité de « ligne directrice » à l'acte par lequel l'autorité compétente qui ne dispose pas du pouvoir réglementaire, peut, pour assurer la cohérence de l'action de l'Administration, déterminer, sans édicter aucune condition nouvelle, des critères permettant de mettre en œuvre un texte ayant prévu l'attribution d'un avantage sans avoir défini l'ensemble des conditions permettant de déterminer à qui l'attribuer parmi ceux qui sont en droit d'y prétendre. La décision précise que la détermination de ces critères vaut sous réserve de motifs d'intérêt général conduisant à y déroger et de l'appréciation particulière de chaque situation. Une ligne directrice ainsi définie est seule à même de pouvoir être invoquée, si elle a été publiée, devant le juge administratif, par la personne en droit de prétendre à l'avantage en question. *A contrario*, un acte qui se contente de définir des orientations générales pour l'octroi, par l'Administration, d'une mesure de faveur au bénéfice de laquelle l'intéressé ne peut faire valoir aucun droit, ne peut être invoqué au contentieux et ne peut en conséquence être dénommé « ligne directrice ». Il convient d'observer que le Conseil d'État a confirmé depuis lors cette nouvelle définition jurisprudentielle²⁴.

Il n'est point besoin d'insister pour avoir reconnu dans la définition jurisprudentielle de la ligne directrice livrée par la décision du 4 février 2015 l'exposé de cas de figure, au nombre desquels appartient celui qui préside à l'octroi de congés bonifiés.

Il est donc temps que le droit de la fonction publique emboîte le pas à ce mouvement et profite du droit souple, sans que cette souplesse soit signe d'arbitraire, ce qui, en matière de congés bonifiés, ne saillit pas toujours avec évidence.

Il est au demeurant à signaler que les dernières positions du Conseil d'État, émises, tant au moyen de son rapport annuel que de ses décisions juridictionnelles, s'inscrivent dans un cadre plus large, tendant, depuis plusieurs années, de la part des pouvoirs publics, à affermir la cohérence de l'usage innombrable de ces actes appelés « circulaires » ou « instructions » et dont le décret précité du 8 décembre 2008 en est l'illustration. Y participe assurément la circulaire du Premier ministre en date du 25 février 2011 relative aux circulaires adressées aux services déconcentrés²⁵, véritable « circulaire sur les circulaires » qui distingue les « instructions du Gouvernement » des autres circulaires, les premières comportant « *l'exposé d'une politique, la définition d'orientations pour l'application des lois et des décrets ou la détermination des règles essentielles de fonctionnement d'un service public* ». Cette distinction a été confirmée par la circulaire du Premier

²³ G. ÉVEILLARD, « Sur la distinction des lignes directrices et des circulaires », *Droit administratif*, n° 6, juin 2015, comm. 38 ; G. EVEILLARD, « Chronique », *JCP G*, n° 22, 1^{er} juin 2015, doct. 637.

²⁴ CE ord. réf., 9 juillet 2015, n° 391392, *Ministre de l'Intérieur c/ Alkak*. V. L. ERSTEIN, « Le droit souple des visas pour l'asile », *JCP A*, n° 30-34, 27 juillet 2015, act. 662.

²⁵ J.O. du 1^{er} mars 2011, p.3635, texte n° 5- circulaire mise en ligne sur circulaires.gouv.fr

ministre du 17 juillet 2013 relative à la simplification administrative et au protocole des relations avec les services déconcentrés²⁶.

L'intelligibilité du droit en vigueur est en jeu. Et l'on ajoutera, indépendamment même de la distinction entre droit dur et droit souple et de la nécessité de classer et d'ordonner ce dernier, qu'il n'est nul besoin pour un acte administratif de posséder la nature d'acte décisoire pour être source du droit et d'être susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. L'exemple des réponses ministérielles aux questions écrites posées par les parlementaires est là – de longue date – pour le prouver²⁷.

En conclusion, les conditions relatives à l'octroi d'un congé bonifié méritent l'intervention d'une ligne directrice, laquelle, forte de l'autorité afférente à cette catégorie d'actes administratifs dégagée par la jurisprudence du Conseil d'État, apporterait les éclaircissements nécessaires à l'action des gestionnaires des ressources humaines dans les administrations employeurs et mettrait fin à l'impression fâcheuse dont il ressort que l'Administration adopte une mesure gracieuse dès lors qu'elle accorde le bénéfice d'un congé bonifié. La réglementation, par trop sibylline, ne serait pas modifiée et les actes de gestion, mesures individuelles, verraient leur sécurité juridique mieux assurée.

²⁶ J.O. du 18 juillet 2013, p. 11993, texte n° 1-circulaire mise en ligne sur le site circulaires.gouv.fr.

²⁷ CE, 19 octobre 1938, *Bloch*, p. 777 ; seules les réponses ministérielles aux questions écrites comportant une interprétation de la loi fiscale susceptible d'être opposée à l'Administration par un contribuable peuvent être déférées au juge de l'excès de pouvoir : CE Sect., 16 décembre 2005, n° 272618, *société Friadent France*.

Le régime juridique de la rémunération des dirigeants sociaux en droit OHADA

Roger NEVRY

*Enseignant à l'UFR Sciences juridique, administrative et politique
Université Félix-Houphouët-Boigny, Abidjan*

Résumé :

Depuis toujours, l'argent a été et demeure un sujet tabou. Ne dit-on pas d'ailleurs que « l'argent n'aime pas le bruit ». C'est pour cette raison que l'on prend beaucoup de précautions lorsqu'il s'agit de parler de questions d'argent de manière générale, de rémunérations en entreprise de manière singulière et tout particulièrement de la rémunération des dirigeants sociaux.

Et pourtant, les scandales financiers dans la vie des entreprises de par le monde, ont conduit à la ferveur des débats actuels sur la rémunération des dirigeants sociaux.

Bien que le droit OHADA ne lui consacre pas de développements assez importants, cette question semble dévoiler au fur et à mesure de son étude des réalités pas toujours faciles à démêler.

Le présent article s'est donc attaché à répondre aux questions pertinentes qu'elle induit en démontrant que les rémunérations des dirigeants sociaux sont multiformes. Elles peuvent en effet dépendre de la forme de la société, du statut du dirigeant, du lien qui l'unit à l'entreprise (les rémunérations peuvent être accordées aux dirigeants sociaux dans le cadre de leur mandat social ou d'un contrat de travail qui les lie à l'entreprise). En fonction de l'un ou l'autre des cas, des difficultés diverses et variées apparaissent. De plus, ces rémunérations sont octroyées par des organes qui diffèrent en fonction de la forme de l'entreprise. Des risques d'excès étant à craindre.

Cet article se veut donc un cadre de réflexion sur ces problèmes dans la perspective du droit OHADA, pour arriver à la conclusion que bien encadrées, les rémunérations des dirigeants peuvent être à la fois source d'épanouissement pour ces derniers et facteur de développement pour l'entreprise qu'ils dirigent.

Summary :

Money has always been a taboo. There's a saying in French that says "money doesn't like noise". That's why people are very cautious when speaking about money in general, and even more so when talking about the top executives' salaries.

Yet, financial scandals around the world have brought about debates on those salaries.

This question is not much dealt with by the OHADA law. This article aims at showing that the top executives' remunerations are multifaceted. They depend on the status of the company or the director, as well as on the legal relationship between the two. Depending on cases, various questions and problems arise. Furthermore, those wages are granted by organs that vary depending on the status of the company, which can lead to additional abuses.

Focusing on the law of the OHADA, this article shows that if properly supervised, those wages can be a source of flourishing for the directors all the while contributing to the development of companies they manage.

La rémunération des dirigeants sociaux¹, sujet d'actualité dans bien des systèmes juridiques et économiques européens et en particulier dans le système français, apparaît au vu des développements qui lui sont consacrés en droit OHADA comme un champ d'étude relativement négligé. Et pourtant, il s'agit là d'une question quasiment stratégique du fonctionnement de toute entreprise.

La presse a souvent rendu compte de rémunérations jugées faramineuses de certains dirigeants sociaux. Là où au contraire des voix s'élèvent pour justifier l'importance de ces rémunérations par l'immense travail fourni, les lourdes responsabilités des dirigeants sociaux². Il est donc bon sur plan juridique d'examiner cette problématique de la rémunération des dirigeants sociaux afin d'avoir une idée précise du champ des possibles en la matière.

Il convient de distinguer deux types de dirigeants sociaux à savoir : ceux liés par un contrat de travail et ceux qui ne le sont pas. Dans la première hypothèse, les dirigeants cumulent leurs fonctions de salariés et de mandataires sociaux. C'est le cas pour les administrateurs de sociétés anonymes tels que le Président du Conseil d'Administration, le Directeur Général. On retrouve ce cas le plus fréquemment dans le cadre des sociétés mères, plaçant à la tête d'une filiale un dirigeant salarié³. Dans la seconde hypothèse, le dirigeant n'est tenu que par son mandat social. On retrouve alors différents types de rémunérations qui ne sont pas soumises aux règles relatives aux salaires.

Certes, la rémunération du dirigeant d'une société commerciale n'est pas obligatoire (puisque ce dernier peut exercer ses fonctions à titre gratuit). Toutefois la réalité juridique montre qu'il bénéficie d'un champ de rémunération diversifiée. Ainsi les rémunérations peuvent être fixes ou variables c'est-à-dire indexée sur le chiffre d'affaire ou les bénéfices. Elles revêtent différentes formes selon les fonctions exercées. Il y a les jetons de présence, qui se trouvent être le mode de

¹ V. *Dirigeants de sociétés commerciales*, éditions Francis Lefebvre, 2002. V. aussi Y. GUYON, *Droit des affaires*, Tome 1, 12^e édition, Paris, Economica, août 2003, p. 34.

² Les dirigeants sociaux sont les personnes qui ont le pouvoir de gérer, administrer, diriger ou représenter un groupement doté de la personnalité morale : v. *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc.

³ F. FRANÇOIS, A. MAIGRET, A. et A. MARLANGE, *Dirigeant de société. Statut juridique, social fiscal*, Eyrolles, 2003 ; J.-P. CASIMIR et M. GERMAIN, *Dirigeants de société*, LGDJ, 2007.

rémunération principale, mais également des rémunérations exceptionnelles pour les dirigeants de sociétés anonymes, par exemple, des avantages en nature comme le logement de fonction, le véhicule de fonction, les remboursements de frais, les retraites complémentaires, les indemnités de départ etc.⁴

La notion de rémunération des dirigeants sociaux en droit OHADA recouvre donc une population très hétérogène. Dès lors et au vu de la variété des sortes de rémunérations susmentionnées, plusieurs questions méritent d'être posées. Quelles sont les différentes composantes des rémunérations ? Qui fixe ou peut fixer ces rémunérations ? Qui peut mesurer le mérite ou la performance d'un patron ? Sur quels critères ? Ces rémunérations sont-elles excessives ?

Voici autant de questions qui dessinent l'intérêt du présent article qui entend se placer sous la lucarne du droit OHADA. Pour les traiter, nous tenterons d'analyser les composantes de la rémunération des dirigeants sociaux (I) et ensuite nous nous pencherons sur la question de savoir quels sont les organes chargés de la fixation de ces rémunérations (I).

I.- Les composantes de la rémunération des dirigeants sociaux

L'étude des composantes de la rémunération des dirigeants sociaux nous permet de constater qu'un dirigeant de société peut percevoir des revenus différents.

Cette multiplicité ou mieux cette diversité des rémunérations des dirigeants sociaux relève de plusieurs facteurs. En effet, la rémunération peut être fonction notamment, de la santé de l'entreprise et de son régime juridique. À cela, il faut ajouter que tous les types de rémunérations ne sont pas autorisés dans toutes les sociétés, et qu'un dirigeant ne peut pas s'octroyer n'importe quel montant. La rémunération peut également être liée à la fonction d'administration ou de direction. Elle peut être principale (comme les jetons de présence dans le cas des administrateurs de sociétés anonymes) ou accessoire. Aux rémunérations principales peuvent s'agréger d'autres éléments tels que des rémunérations exceptionnelles, des avantages en nature (véhicule ou logement), des *stocks options* ou même des actions gratuites.

En somme, la rémunération du dirigeant social est faite de différentes variables. Ainsi, celle-ci résulte de la combinaison de différentes composantes qui constitueront généralement à terme un montant plus ou moins important en fonction de la taille de l'entreprise et de ses performances.

⁴ Y. GUYON, préc., p. 347. V. également A. CHARVERIAT, « Attributions d'une retraite à un dirigeant », *RJDA*, 1992, p. 439.

Nous approcherons la question en regroupant tous ces facteurs ou toutes ces variables en deux catégories.

La rémunération sera donc vue sous l'angle de la fonction d'administration (A), avant que sa perception sous l'angle de la fonction de direction ne soit envisagée (B).

A.- La rémunération liée à la fonction d'administration

L'univers des rémunérations liées à la fonction d'administration est peuplé des rémunérations principales (1), des rémunérations exceptionnelles (2) et celles dites « accessoires »(3).

1/ Les rémunérations principales : les jetons de présence

Les fonctions de dirigeant social ne sont pas gratuites. La règle est claire pour les administrateurs des sociétés anonymes. Pour alléger quelque peu les frais généraux, l'acte uniforme a supprimé les tantièmes, mais a maintenu les jetons de présence⁵ dont il y a lieu d'examiner la nature juridique (a) et le mode de répartition (b).

a/ Nature juridique des jetons de présence

En leur qualité d'administrateur, les dirigeants sociaux peuvent percevoir, « à titre d'indemnité de fonction une somme annuelle fixe »⁶. La nature juridique de cette indemnité de fonction n'est pas précisée par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Il s'agit en réalité des jetons de présence qui sont alloués aux administrateurs en rétribution de leur participation aux réunions du conseil d'administration.

En principe, les jetons de présence visent à récompenser l'assiduité des administrateurs aux séances du conseil d'administration. Mais, « cette conception a été progressivement altérée au point de perdre son sens original »⁷. De nos jours, le mode de rémunération de répartition des jetons de présence ne tient

⁵ F. ANOUKAHA ET ALII, OHADA, *Sociétés commerciales et G.I.E.*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit uniforme africain, 2002, p. 147. V. aussi Yves GUYON, préc., p.346

⁶ Article 431 alinéa 1 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales (AUSC) : « L'assemblée générale ordinaire peut allouer aux administrateurs, en rémunération de leurs activités, à titre d'indemnité de fonction une somme fixe annuelle qu'elle détermine souverainement.

Les administrateurs ayant la qualité d'actionnaire peuvent prendre part au vote de l'assemblée et leurs actions sont prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Sauf clause contraire des statuts, le conseil d'administration répartit librement les indemnités de fonction entre ses membres.

Le conseil d'administration peut allouer aux administrateurs, membres des comités prévus par l'article 437 ci-après, une part supérieure à celle des autres administrateurs ». V. également P.-G. POUGOUE, Encyclopédie du droit OHADA, n° 38, p. 1860.

⁷ D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société : statut juridique, social et fiscal*, Paris, Litec, 1995, p.108.

pratiquement pas compte des séances auxquelles les administrateurs ont assisté. En dépit de leur dénomination, ces sommes sont attribués tant aux absents qu'aux présents aux réunions du conseil. C'est la raison pour laquelle le législateur OHADA a préféré à l'appellation « jetons de présence », celle d'indemnités de fonction. C'est qu'en vérité, ces sommes correspondent moins à la présence effective des administrateurs aux séances du conseil, qu'à un forfait représentant la rémunération des administrateurs, pour le travail censé être effectivement accompli. Il n'est donc guère surprenant qu'un lexique de termes juridiques les définisse comme une « *somme fixe allouée annuellement aux administrateurs de sociétés anonymes, et de certaines compagnies, en rémunération de leurs fonctions* »⁸.

Il ne s'agit donc pas *stricto sensu* de salaire puisqu'elles ne sont pas versées en contrepartie d'une prestation de travail. Les administrateurs ne sont pas des salariés liés à la société par un contrat de travail et qui œuvrent dans la logique de subordination juridique en découlant⁹. En conséquence, les jetons de présence ne bénéficient pas du régime de protection des salaires. Précisons par ailleurs que selon les termes de l'article 430 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales « *les administrateurs ne peuvent recevoir au titre de leur fonction de façon permanente ou non aucune autre rémunération* »¹⁰. Cela dit, il n'est pas exclu qu'un administrateur ait la qualité de salarié. Dans cette hypothèse, il percevra alors en plus des jetons de présence, un salaire correspondant à son contrat de travail.

En somme, les jetons de présence représentent une indemnité forfaitaire versée aux administrateurs, en compensation du temps consacré à l'exercice du mandat social et de la responsabilité encourue dans le cadre de leurs fonctions. Ils sont, selon la jurisprudence française, indépendants des résultats d'exploitation, et sont donc perçus même en l'absence de tout bénéfice réalisé par la société¹¹. Par ailleurs, il convient de préciser que l'attribution des jetons de présence n'est pas obligatoire, même pour les administrateurs assidus aux réunions du conseil d'administration. Cela veut dire que le mandat d'administrateur peut être exercé à titre gratuit.

Quid de la répartition des jetons de présence ?

⁸ R. GUILLIEN, et J. VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 13^e édition, 2001, p. 319. V. *supra* article 431 de l'AUSC.

⁹ Cour de cassation, ch. Sociale, 23 janvier 1997, « Boyer ».

¹⁰ Article 430 de l'AUSC : « *Hors les sommes perçues dans le cadre d'un contrat de travail, les administrateurs ne peuvent recevoir, au titre de leurs fonctions, aucune autre rémunération, permanente ou non, que celles visées aux articles 431 et 432 ci-après.*

Les dispositions du présent article ne visent pas les dividendes qui sont régulièrement répartis entre les actionnaires. Toute décision prise en violation du premier alinéa du présent article est nulle ». Voir également *Encyclopédie du Droit OHADA*, préc., p. 1860.

¹¹ CA Paris, 28 sept. 1990 : *D.* 1990, IR, 268 ; *Rev. Fr. compt.* mars 1991, p. 61, note Ph. REIGNE. V. également *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p.488.

b/ Répartition des jetons de présence

Si l'on s'en tient à la lecture de l'article 431 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, il ressort que le conseil d'administration répartit librement entre ses membres, le montant des jetons de présence fixé globalement et annuellement par l'assemblée générale. Cette règle s'applique sauf disposition contraire des statuts, qui peuvent prévoir un autre mode de répartition.

La décision de répartition prise par le conseil crée un droit à percevoir les jetons de présence. En principe, la répartition se fait par parts égales. Mais, il n'est pas exclu de procéder à un partage inégal, en tenant compte de l'activité personnelle ou même de l'influence¹² de chacun des membres du conseil. Ainsi, peuvent percevoir une part supérieure, les administrateurs investis de hautes fonctions telles que celles de président du conseil d'administration ou de directeur général les plus assidus, auquel cas les jetons de présence retrouveraient leur vraie signification.

Il suffit d'un vote à la majorité simple, sans que soit nécessaire l'accord unanime des membres du conseil d'administration ou l'assentiment de ceux recevant la part la moins élevée. Pour autant, cette possibilité de répartition inégalitaire des jetons de présence ne doit pas conduire à un abus de pouvoir des administrateurs majoritaires. S'il en est ainsi, alors la répartition en cause s'exposerait à une annulation pour cause de nullité. C'est donc à juste titre que la doctrine estime que, la répartition des jetons de présence doit s'opérer à partir d'éléments objectifs d'appréciation tels que, l'assiduité et les services rendus¹³.

Dans cet ordre d'idées, la Cour d'appel de Paris a décidé qu'un président du conseil d'administration a pu légitimement procéder lui-même à la répartition de jetons de présence proportionnellement à la durée d'exercice des fonctions de chaque administrateur ; une pareille répartition étant conforme aux usages en vigueur dans la société¹⁴.

Il convient enfin de faire remarquer que l'article 431 précité fait référence à « une somme. » Il faut donc en déduire que la créance doit être versée en argent et non pas, par exemple sous la forme d'actions. D'autres types de rémunérations qui vont maintenant retenir notre attention côtoient les jetons de présence.

¹² *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1861. V. aussi M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, tome 2, 20^e édition, Paris, LGDJ, 2011.

¹³ J. HONORAT, « Possibilité d'une répartition inégale des jetons de présence entre les administrateurs », *Defrénois*, 1986, p.47.

¹⁴ CA Paris, 28 sept. 1990, 5^e chambre commerciale, *Société Guerbert Bonvoisin c/ Forestier*. V. aussi *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 488.

2/ Les rémunérations exceptionnelles

L'article 432 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales dispose que les membres du conseil d'administration peuvent bénéficier de « *rémunérations exceptionnelles pour les missions et mandats qui leur sont confiés* ». ¹⁵

Ces rémunérations exceptionnelles sont versées aux administrateurs dans le cadre des missions ou mandats n'entrant pas dans leur attribution, c'est-à-dire le cadre normal de leurs fonctions collégiales et ne revêtant pas un caractère permanent. Il en est ainsi d'un voyage d'études à l'étranger en vue d'une implantation, d'une étude de marché, de négociations dans la perspective d'une éventuelle prise de participation. ¹⁶ Il reste que la mission confiée à l'allocataire de la rémunération doit être précise et avoir été effectivement accomplie. Sinon, les sommes perçues doivent être restituées¹⁷, sans préjudice d'une action en justice pour délit d'abus de biens sociaux.

3/ Les rémunérations accessoires

L'article 432 de l'acte uniforme prévoit en plus des rémunérations susvisées, d'autres rémunérations qui peuvent être accordées aux administrateurs par le conseil d'administration.

Ce sont entre autres : le remboursement des frais (b) et les avantages en nature (b).

a/ Le remboursement de frais

Le conseil d'administration peut « *autoriser le remboursement des frais de voyage, déplacements et dépenses engagées dans l'intérêt de l'entreprise* »¹⁸. Ce remboursement est indépendant des jetons de présence. Ainsi, dès lors que les réunions du conseil occasionnent des frais de voyage et de déplacement à la charge d'un administrateur, celui-ci peut en être remboursé. L'autorisation du conseil d'administration est requise pour ce faire. Elle n'a pas nécessairement à être renouvelée à l'occasion de chaque réunion. Encore que selon le législateur OHADA, les frais remboursés doivent avoir été engagés dans l'intérêt de

¹⁵ Article 432 de l'AUSC : « *Le conseil d'administration peut également allouer à ses membres, des rémunérations exceptionnelles pour les missions et mandats qui leurs sont confiés, ou autoriser le remboursement des frais de voyage, déplacements et dépenses engagés dans l'intérêt de la société sous réserve des dispositions des articles 438 et suivants du présent Acte uniforme. (...)* ». V. Encyclopédie du Droit OHADA, préc., p. 1860.

¹⁶ En revanche, une rémunération attribuée à un administrateur non salarié, en contrepartie d'une activité de conseiller commercial, n'est pas exceptionnelle et ne constitue pas une indemnisation ponctuelle corrélative à des missions bien définies, eu égard à son caractère régulier, mensuel et forfaitaire. V. dans le même sens *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 489.

¹⁷ Cour de cassation, ch. com., 23 juillet 1985, *Bull. Joly*, 1985, p. 290.

¹⁸ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc. p. 490.

l'entreprise, sous réserve des dispositions applicables aux conventions réglementées. Autrement exprimé, l'autorisation de rembourser émanant du conseil n'est pas nécessaire lorsque les conventions portent sur des opérations courantes conclues à des conditions normales.

Par exemple, en matière de remboursement de frais de voyage, seuls doivent être pris en considération les frais de transport, de repas et d'hôtel strictement nécessaires à l'administrateur pour se déplacer de sa résidence habituelle et venir siéger au conseil. Sa participation effective au conseil d'administration répondant à l'intérêt social.

b/ Les avantages en nature

L'acte uniforme sur les sociétés commerciales ne prévoit pas expressément l'allocation des avantages en nature aux administrateurs même si la pratique consacre leur attribution. Toutefois, le conseil d'administration peut, selon l'article 482 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, attribuer des avantages en nature au Président du conseil d'administration.

B.- La rémunération liée à la fonction de direction

La rémunération des dirigeants sociaux n'est pas liée seulement à la fonction d'administration. Elle a aussi à avoir avec la fonction de direction.

Le dirigeant social va se voir attribuer en contrepartie de sa gestion, une rémunération dont les modalités de fixation varient en fonction du type de société et du mode d'administration de cette dernière.

1/ Dans les sociétés anonymes avec conseil d'administration

La rémunération dont il s'agit ici est celle allouée au Président Directeur Général¹⁹, au Directeur Général²⁰, et à son adjoint²¹.

¹⁹ La question de la rémunération du PDG est prise en compte par les articles 466 et 467 de l'AUSC. L'article 466 dispose que : « *Le président directeur général peut être lié à la société par un contrat de travail dans les conditions prévues à l'article 426 ci-dessus* ». Quant à l'article 467, il précise que : « *Les modalités et le montant de la rémunération du président-directeur général sont fixés par le conseil d'administration.*

Le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont attribués sont fixés de la même manière que sa rémunération.

Hors les sommes perçues et les avantages en nature accordés dans le cadre d'un contrat de travail, le président-directeur général ne peut recevoir aucune autre rémunération de la société que celle visée au présent article. (...) ».

²⁰ Ce sont les articles 489 et 490 de l'AUSC qui prévoient la rémunération du DG. Le premier dispose que « *Le directeur général peut être lié à la société par un contrat de travail dans les conditions prévues à l'article 426 ci-dessus* ». Quand au second, il dispose, en son alinéa 1^{er} : « *Les modalités et le montant de la rémunération du directeur général sont fixés par le conseil d'administration* ».

Le législateur n'apporte aucune indication sur les modalités de détermination de la rémunération de ces dirigeants sociaux. Le mutisme de l'acte uniforme laisse au conseil d'administration toute latitude pour octroyer une rémunération fixe²², variable ou les deux à la fois. La fixité consiste en une somme forfaitaire mensuelle ou annuelle, alors que la variabilité dépend des résultats, du chiffre d'affaires, du salaire d'une certaine catégorie professionnelle ou de la masse salariale assumée par la société²³.

Les régimes d'indexation de la rémunération du PDG et des salaires du personnel peuvent être identiques. Ce paramètre doit avoir été régulièrement adopté par le conseil d'administration qui prendra soin de préciser le pourcentage d'augmentation des salaires du personnel salarié de la société, afin de faire face à l'éventuelle variation de l'indice retenu.

Le choix des rémunérations proportionnelles au chiffre d'affaires ou aux bénéfices suscite des contestations et des difficultés d'appréciation²⁴. Il offre cependant l'avantage indéniable de prendre en considération l'activité de l'entreprise dont la direction est assurée par le bénéficiaire de la rémunération et dont l'essor économique dépend en partie de la compétence de l'intéressé.

2/ Dans les sociétés anonymes avec administrateur général

La société anonyme avec administrateur général est une création assez particulière du législateur africain. Elle s'inscrit dans la même logique que celle qui a guidé l'institution de la société anonyme ou de la société à responsabilité limitée unipersonnelle. Il s'agit de favoriser la création des sociétés anonymes en attirant dans les pays membres de l'OHADA les investisseurs étrangers et de simplifier leur structure de gestion²⁵.

²¹ La rémunération du DGA est prévue par les articles 473 et 474 de l'AUSC. Des termes de l'article 473, l'on retient que : « *Le directeur général adjoint peut être lié à la société par un contrat de travail dans les conditions prévues à l'article 426 ci-dessus* ». Le second quant à lui dispose que : « *Les modalités et le montant de la rémunération du directeur général adjoint sont fixés par le conseil d'administration* ».

²² Sur la rémunération fixe, v. G. DONNADIEU et P. BEAUCHET, « De l'art de fixer les objectifs », *Revue Personnel*, n° 347, janvier 1994.

²³ R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris, Fayard, 1995.

²⁴ Les difficultés et les contestations peuvent naître par exemple en matière de bénéfices à propos de la notion même de bénéfices (bénéfice brut, bénéfice net, bénéfice fiscal...), soit de la détermination de ces bénéfices (importance des provisions, amortissements ou réserves à constituer). C'est pourquoi on préfère souvent, en pratique, la formule de la participation au chiffre d'affaires qui elle aussi n'échappe pas à cette réalité.

²⁵ P.-G. POUGOUE ET ALII, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, Yaoundé, PUA, Collection droit uniforme, 1998, p. 215. V. M. EMIEN, « L'administration et la direction de la société anonyme de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales applicable dans la zone OHADA », *Penant*, n° 864, 2008, p. 261 et s.

Le choix ne peut être porté sur ce type de direction que si la société anonyme comprend un nombre d'actionnaires inférieur ou égal à trois.²⁶ Ceux-ci peuvent donc, s'ils le désirent, s'affranchir d'un conseil d'administration qui serait encombrant et désigner plutôt un administrateur général. Si celui-ci estime ses fonctions trop lourdes, il peut proposer à l'assemblée générale, la nomination d'un administrateur général adjoint.

Dans l'exercice de ses fonctions, l'administrateur général peut se voir allouer, en rémunération de ses activités, par l'Assemblée Générale Ordinaire²⁷, une somme fixe annuelle à titre d'indemnité de fonction, des rémunérations exceptionnelles pour les missions et mandats qui lui sont confiées et bénéficier des avantages en nature. L'Assemblée générale ordinaire peut autoriser également le remboursement des frais de voyage, déplacements et dépenses engagés dans l'intérêt de la société. Toutes ces rémunérations trouvent leur fondement juridique en l'article 501 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales²⁸. L'Assemblée a également la latitude de fixer le montant des rémunérations et les avantages en nature à accorder à l'administrateur général adjoint.²⁹

3/ Rémunération des gérants des SARL et des SNC

Si les fonctions sont normalement rémunérées, rien n'interdit qu'elles soient gratuites³⁰, ce qui ne va d'ailleurs pas sans problème. En effet, le gérant qui exerce ses fonctions à titre gratuit est pleinement responsable tant sur le plan civil que pénal des fautes de gestion ou des actes délictueux qu'il pourrait commettre.

De façon générale, il est souhaitable de laisser à l'assemblée des associés le soin de fixer la rémunération. Sa détermination par les statuts serait trop rigide³¹, et

²⁶ Article 494 de l'AUSC : « Les sociétés anonymes comprenant un nombre d'actionnaires égal ou inférieur à trois ont la faculté de ne pas constituer un conseil d'administration et peuvent désigner un administrateur général qui assume, sous sa responsabilité, les fonctions d'administration et de direction de la société ». V. aussi *Encyclopédie du Droit OHADA*, préc., p. 1847.

²⁷ *Ibid.*, p. 1848.

²⁸ Article 501 de l'AUSC : « Les modalités et le montant de la rémunération de l'administrateur général sont fixés par l'assemblée générale ordinaire ainsi que, le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont accordés. (...) ».

²⁹ Article 514 de l'AUSC : « Les modalités et le montant de la rémunération de l'administrateur général adjoint sont fixés par l'Assemblée générale ordinaire ainsi que le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont accordés. (...) ». V. aussi *Encyclopédie du droit OHADA*, préc. p. 1848.

³⁰ Article 325 de l'AUSC : « Les fonctions de gérant sont gratuites ou rémunérées dans les conditions fixées dans les statuts, ou dans une décision collective des associés.

Le gérant, lorsqu'il est associé, ne prend pas part au vote de la délibération relative à sa rémunération et ses voix ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité. Toute délibération prise en violation du présent alinéa est nulle.

Les dispositions du présent alinéa ne sont pas applicables lorsque la société ne comprend qu'un seul associé.

La fixation de la rémunération n'est pas soumise au régime des conventions réglementées aux articles 350 et suivants ci-après ». V. Y. GUYON, préc., p. 538.

³¹ *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1830. V. également J. MESTRE et D. VELLORDOCCIO, *Lamy sociétés commerciales*, 2006, n° 3006, p. 1471.

obligerait selon l'inflation et selon l'évolution de la société, à de trop fréquentes modifications statutaires et aux formalités de publicité en résultant³².

Il serait de meilleure approche de fixer dans les statuts le principe d'une rémunération et renvoyer à l'assemblée des associés, les modalités de fixation de cette rémunération.

Notons que lorsqu'elle est effective, la rémunération prévue par les statuts ou par une décision collective ordinaire des associés peut être fixée selon l'une des trois manières suivantes : elle peut être fixe, variable c'est-à-dire proportionnelle au chiffre d'affaires ou aux bénéfices, ou encore mixte, soit, être constituée d'une base fixe à laquelle s'ajoute un pourcentage des bénéfices ou du chiffre d'affaires.

La rémunération fixe offre l'avantage de la sécurité, d'autant plus qu'elle est indexée sur le coût de la vie. Mais elle présente l'inconvénient de ne pas inciter le gérant à développer davantage l'activité de la société, par une participation aux fruits de l'expansion économique. La rémunération proportionnelle présente précisément l'avantage d'intéresser le gérant, sans pour autant l'abandonner aux aléas de la conjoncture économique. Il faut indiquer pour terminer que l'augmentation de la rétribution du gérant doit être motivée non seulement par l'exercice effectif de ses fonctions, mais aussi par l'importance des tâches accomplies. À défaut, la rémunération peut être jugée excessive et peut aboutir à l'annulation de la société pour absence d'*affectio societatis*³³.

La question du contenu de la rémunération ayant été examinée, les organes chargés de la fixation de cette rémunération retiennent maintenant notre attention.

II.- Les organes chargés de la fixation de la rémunération des dirigeants sociaux

Gouvernail de l'entreprise du fait de leur position et de leurs missions, les dirigeants sociaux perçoivent des rémunérations importantes. De par la nature de leurs fonctions, ils se doivent de participer à toutes les décisions qui engagent leur société. Et c'est là, une situation qui sert parfois de levain à des conflits d'intérêts entre ces dirigeants et les sociétés qu'ils dirigent.

La preuve, c'est qu'il n'est d'ailleurs pas rare que l'on assiste à des scandales financiers, levant le voile sur une grande disparité entre les résultats (catastrophiques) de l'entreprise et les rémunérations (pharaoniques) perçues par les dirigeants, d'où l'intérêt de s'interroger sur la question des organes chargés de

³² *Ibid.* p. 1278.

³³ CA de Nîmes, 4 oct. 1973, *Quot. Jur.* 9 jan. 1975. L'intérêt social mérite donc protection lorsqu'il vient éventuellement en conflit avec l'intérêt personnel des associés. V. dans ce sens M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 16^e édition, 2003.

la fixation de ces rémunérations. Par exemple, dans l'hypothèse de la société anonyme avec administrateur général, il n'est pas rare de se retrouver dans des situations délicates du genre : qui fixe la rémunération et signe le contrat de travail d'un administrateur général ? Autrement dit, le dirigeant social n'est-il pas souvent l'architecte de sa rémunération ?

En vérité, ce qui importe ici, c'est de savoir si la décision fixant le montant ainsi que les modalités d'attribution de la rémunération d'un dirigeant doivent être soumises à une procédure de contrôle, dite, des conventions réglementées et sur laquelle le dirigeant ne peut en principe exercer aucune influence, ou si cette décision résulte d'une délibération auquel l'intéressé peut selon les cas, participer. C'est à cette préoccupation que le législateur OHADA s'adresse en mettant en place des organes chargés de la fixation des rémunérations et en ayant à l'esprit les exigences de la *corporate governance*.³⁴

Dans le présent chapitre, nous essaierons donc de montrer en droit OHADA, de quelle manière chaque organe de la société, participe ou non, seul ou en complémentarité avec d'autres organes, à l'allocation des rémunérations des différents types de dirigeants. Nous irons de l'approche institutionnelle de la rémunération (A) à l'approche conventionnelle (B). Nous saurons alors quelle est la part d'influence de ces derniers dans la détermination desdites rémunérations.

A.- L'approche institutionnelle de la rémunération

La théorie institutionnelle repose sur le principe selon lequel la rémunération versée au dirigeant découle de la nature même des fonctions qui lui sont reconnues par la loi. Ladite rémunération serait par là même institutionnelle et les organes sociaux auront alors une compétence exclusive dans la détermination de la rémunération de ces dirigeants.

Sous ce rapport, la détermination de la rémunération des dirigeants sociaux est tantôt de la compétence exclusive de l'Assemblée Générale (1), tantôt elle relève de celle du Conseil d'Administration (2).

1/ La compétence exclusive de l'assemblée générale

L'assemblée des porteurs de parts ou d'actions a une compétence exclusive, lorsqu'il s'agit de déterminer la rémunération des dirigeants sociaux.

³⁴ V. *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1855. Il s'agit du gouvernement d'entreprise (qui veut que les sociétés soient gérées dans l'intérêt de tous les actionnaires et pas seulement dans l'intérêt particulier des majoritaires ou des dirigeants). V. aussi A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise, la *corporate governance* », D. 1995, chron. 163.

Cela va des gérants de Sociétés en Nom Collectif, Sociétés à Responsabilité Limitée (a) jusqu'à l'administrateur général ou son adjoint (c) en passant par les membres du conseil d'administration (b).

a/ Rémunération des fonctions de gérants

Nous visons ici les gérants des SNC et des SARL. La délibération d'assemblée générale qui détermine la rémunération d'un gérant non associé, ou associé minoritaire est moins suspectée de ne pas aligner les intérêts du dirigeant, sur celui des propriétaires que la délibération d'assemblée qui bénéficie à un dirigeant associé majoritaire, puisque ce dernier a la faculté de participer à, et de peser sensiblement sur la prise de décision.

Devant ce conflit d'intérêts, la jurisprudence a donc dû encadrer de manière spécifique, la compétence exclusive de l'assemblée générale des associés dans la détermination de la rémunération des gérants de SNC (i), de SARL pluripersonnelle (ii) ou encore de SARL unipersonnelle (iii).

i/ La détermination de la rémunération des gérants de Société en Nom Collectif

Le législateur OHADA a précisé, concernant la rémunération des gérants de Société en Nom Collectif, qu'elle « *est fixée par les associés à la majorité en nombre et en capital des associés* »³⁵ si le gérant n'est pas un associé de la société.

Mais, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 278 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales, « *si le gérant dont la rémunération doit être fixée est lui-même associé, la décision est prise à la majorité en nombre et en capital des autres associés* ».

C'est donc dire que quelles que soient les hypothèses, le gérant ne participe pas à la décision de sa rémunération. Aucun conflit d'intérêt ne devrait en conséquence pouvoir entacher la procédure. Il ne faut toutefois pas perdre de vue cette spécificité de la SNC qui fait de tous les associés des gérants, même s'il est vrai que les statuts pourraient en disposer autrement³⁶.

³⁵ Article 278 al. 1 de l'AUSC : « *Sauf clause contraire des statuts, la rémunération des gérants est fixée par les associés, à la majorité en nombre et en capital des associés.*

Si le gérant est lui-même associé, la décision fixant sa rémunération est prise à la majorité en nombre et en capital des autres associés (...) ». V. aussi Encyclopédie du droit OHADA, préc., p. 1990.

³⁶ L'article 276 de l'AUSC dispose que : « *Les statuts organisent la gérance de la société. Ils peuvent désigner un ou plusieurs gérants, associés ou non, personnes physiques ou morales, ou en prévoir la désignation dans un acte ultérieur. Si une personne morale est gérante, ses dirigeants sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent. À défaut d'organisation de la gérance par les statuts, tous les associés sont réputés être gérants* ». V. Encyclopédie du droit OHADA, préc., p. 1990.

Et bien que ce cas de figure soit assez rare dans la pratique, il amène bien des questions et on est tenté de se pencher sur cette assemblée d'associé, organe social à double casquette, puisqu'en son sein, se confondent parfaitement les propriétaires, organe dont émane la norme, et les gérants, organe exécutif de la société, chargés de mettre en œuvre la politique des associés.

Comment dans ce cas, l'assemblée des associés peut-elle déterminer la rémunération de chacun des gérants, si aucun gérant n'est désigné dans les statuts ? Tous les associés ayant dans cette hypothèse la qualité de gérant, faut-il les exclure tous de la participation au vote fixant leurs rémunérations ?

Évidemment, la réponse à cette interrogation est négative, puisque les associés ont tous pouvoirs pour prévoir des dispositions statutaires permettant de faciliter le fonctionnement normal de la SNC. Les dispositions relatives aux sociétés en nom collectif sont également applicables aux sociétés en commandite simple dans la mesure où, les associés en nom collectif encore appelés associés gérants, sont dans la même situation que les commandités, seuls admis à diriger la société en commandite simple³⁷.

ii/ La détermination de la rémunération des gérants de SARL

Les fonctions de gérant normalement rémunérées peuvent également être exercées à titre gratuit, mais cette option n'est pas sans inconvénients. La rémunération du gérant est donc fixée soit par les statuts, ce qui peut s'avérer peu commode, chaque actualisation impliquant inévitablement des modifications statutaires, soit par une décision collective des associés réunis en assemblée générale³⁸.

Seuls les cas où l'assemblée générale fixe la rémunération nous intéressent ici. Et sous ce rapport, on retiendra que la décision portant détermination de la rémunération relève des pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire des associés. Les modifications ultérieures de cette rémunération ne nécessitent alors qu'une simple décision prise aux mêmes conditions de majorité. Pour comprendre de quelle manière l'assemblée générale alloue un traitement au gérant, il faut connaître la nature de la décision fixant la rémunération du gérant.

Plusieurs questions se posent à ce sujet. S'agit-il d'une décision unilatérale de l'assemblée générale ou, au contraire d'une convention liant cet organe avec le dirigeant ? Et dans ce deuxième cas, la fixation de la rémunération du gérant est-

³⁷ Article 298 de l'AUSC : « *La société en commandite simple est gérée par tous les associés commandités, sauf clause contraire des statuts qui peuvent désigner un ou plusieurs gérants, parmi les associés commandités, ou en prévoir la désignation dans un acte ultérieur, dans les mêmes conditions et avec les mêmes pouvoirs que dans une société en nom collectif* ». V. *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p 1974.

³⁸ Voir *supra*. V. également *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p 1830 ; *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 501.

elle une décision courante prise à des conditions normales, ou au contraire faut-il la soumettre à la procédure de contrôle des conventions réglementées ?

La réponse est que la rémunération du gérant de la SARL n'est pas soumise au régime des conventions réglementées, car sa fixation relève des statuts ou de la décision collective des associés³⁹. Rappelons que la qualification institutionnelle de la rémunération repose sur l'idée que, la rémunération attribuée au gérant de SARL découle de la nature même de sa fonction reconnue par la législation. La Cour de cassation française semblait se rapprocher de cette position, dans un arrêt du 30 mai 1989 puisqu'elle considérait que « *La décision de l'assemblée des associés d'une SARL accordant dans des conditions normales au gérant des gratifications, qui font partie de sa rémunération, ne constitue pas une convention réglementée* »⁴⁰, ce qui la ferait échapper aux dispositions de l'article 350 de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales, relatif aux conventions réglementées.

Par ailleurs cette question ayant été résolue, l'autre problème qu'il convient de résoudre est celui de savoir si en cas de décision collective, le gérant participe au vote ? La réponse à cette préoccupation impose une distinction entre la qualité de gérant associé et celle de gérant non associé.

En ce qui concerne le second, il faut tout de suite préciser que, n'ayant pas la qualité d'associé, il ne participe pas au vote dans la mesure où il s'agit bien d'une décision collective des associés. Pour ce qui est du premier par contre, la réponse est aisée du moment où, l'acte uniforme ne soumet pas sa rémunération au régime des conventions réglementées ; ainsi l'article 354 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales qui dispose que « *l'associé concerné ne prend pas part au vote de la délibération relative à la convention et ses voix ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité* » ne lui est donc pas applicable⁴¹ ; car c'est en sa qualité d'associé et non de gérant qu'il prend part à cette délibération. Dans ce cas, la rémunération est préalablement déterminée par la collectivité des associés, et le gérant, même majoritaire, peut prendre part au vote qui détermine sa rémunération.

C'est cette solution que la Cour de cassation française a retenu dans son arrêt du 4 mars 2010, en affirmant que la détermination de la rémunération du gérant d'une SARL ne procédant pas d'une convention réglementée, le gérant peut, s'il est associé prendre part au vote. L'article 325 alinéa 3 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que : « *la fixation de la rémunération n'est pas soumise au régime des conventions réglementées aux articles 350 et suivants ci-après* ».

³⁹ V. aussi *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1830.

⁴⁰ Cour de cassation, ch. Com., 30 mai 1989, *Nazarian c/ SARL Massis* : JCP 1990, II, n° 21405 note M. MARTEAU-PETIT. V. aussi *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1830.

⁴¹ F. ANOUKAHA, préc., p. 379. V. aussi *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1830.

Une solution en sens contraire serait d'ailleurs surprenante, car c'est la même assemblée de porteurs de parts qui se trouve *en amont* et *en aval* de la décision. En effet, le contrôle dans la procédure des conventions réglementée intervenant *a posteriori*, par décision collective des associés, on conçoit difficilement comment il pourrait s'exercer de manière efficiente alors que la fixation de la rémunération provient de cette même collectivité des associés⁴². Soumis à la même logique, et surtout aux mêmes procédures, les compléments de rémunération qui pourraient être attribués au gérant, et devant être fixés par décision collective des associés sont fixés dans les mêmes conditions.

iii/ La détermination de la rémunération des gérants de SARL unipersonnelle

La société unipersonnelle à responsabilité limitée est une variante simplifiée de la SARL dans laquelle, l'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés dans les SARL classiques. C'est donc « l'associé » unique qui a le pouvoir de se prononcer, par des décisions unilatérales, sur tout ce qui relève des attributions des associés de la SARL, et notamment sur la rémunération du gérant. Celui-ci peut être l'associé unique lui-même ou un tiers. La gérance peut être dévolue à plusieurs personnes⁴³. Lorsque l'associé unique n'est pas le gérant, les dispositions générales concernant les conventions dans les SARL s'appliquent à la Société à Responsabilité Limitée Unipersonnelle (SARLU). Si l'associé unique est une personne morale (ce qui est possible), « *le gérant sera obligatoirement une personne physique non associée puisque dans la SARL, la gérance ne peut pas être confiée à une personne morale* »⁴⁴.

Dans l'hypothèse la plus fréquente où l'associé unique est lui-même gérant, il n'est pas incongru d'imaginer qu'il peut être tenté de s'attribuer une rémunération en cette qualité. De la sorte, il évitera toute confusion entre son patrimoine propre et celui de la société, ce qui lui permettra de justifier les prélèvements qu'il opère pour son compte personnel sur les biens sociaux.

Cependant, cette situation où l'associé unique de la SARL unipersonnelle fixe sa propre rémunération créera inévitablement un conflit d'intérêts puisqu'il y aura opposition directe entre l'intérêt social d'une part et ses intérêts personnels d'autre part⁴⁵. S'expose-t-il alors à une condamnation pour abus de bien sociaux ?

⁴² Voir *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 431.

⁴³ Article 323 de l'AUSC : « La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques, associées ou non.

Elles sont nommées par les associés dans les statuts ou dans un acte postérieur. Dans le second cas, à moins qu'une clause des statuts n'exige une majorité supérieure, la décision est prise à une majorité des associés représentant plus de la moitié du capital (...) ».

⁴⁴ F. ANOUKAHA, préc., p. 402. V. dans le même sens *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 2052.

⁴⁵ *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 2051.

En France, la chambre criminelle a jugé que les peines sanctionnant les délits commis par les gérants de SARL étaient applicables aux EURL⁴⁶ ; il ressort de cette jurisprudence que le gérant d'une SARL unipersonnelle peut donc être condamné pour abus de bien sociaux. En effet, le fait que le gérant associé soit unique ne constitue nullement une garantie de bonne gestion des biens de la société. Ce dernier a la possibilité à travers cette société de s'enrichir personnellement tout en menant sa société à la faillite. La vie de la personne morale est dans ce cas menacée, mais plus grave, elle peut devenir source de préjudice pour les tiers de bonne foi (banques, fournisseurs, clients, etc...). *Quid* en droit OHADA ?

Le droit OHADA ne propose pas une solution contraire. En effet, de même qu'en droit français, obligation est faite au gérant associé unique, de veiller à bien séparer les affaires de la société de ses affaires personnelles. Dans le cas contraire, il s'expose à des poursuites pour abus de biens sociaux et on peut lui étendre également les procédures collectives.⁴⁷

b/ Rémunération des membres du conseil d'administration

Les indemnités de fonction ou plus clairement les jetons de présence résultent du partage d'une somme globale fixée chaque année par l'assemblée générale, que le conseil d'administration répartit librement entre ses membres. Cette répartition n'est pas nécessairement égalitaire, elle peut tenir compte par exemple de l'assiduité aux réunions et certains administrateurs ne sont pas rémunérés⁴⁸.

Quoi qu'il en soit, la décision d'allouer un montant au titre de jetons de présence relève de la compétence exclusive de l'assemblée générale. Cette dernière est seule compétente pour déterminer la rémunération non individuelle

⁴⁶ Cour de cassation, ch. crim., 14 juin 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1139, note B. SAINTOURENS. V. aussi Y. GUYON, préc. p. 559.

⁴⁷ *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 2051. Voir article 189 de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) : « *En cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, tout dirigeant qui a, sans être en cessation des paiements lui-même :*

- *exercé une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements ;*

- *disposé du crédit ou des biens de la personne morale comme des siens propres ;*

- *poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.*

La juridiction compétente peut également prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui n'acquiescent pas cette dette ». V. également Trib. Régional hors classe de Dakar, n° 28 du 21 janvier 2003. Cette juridiction a ordonné l'extension de la procédure de liquidation des biens de la Sogeres à Abdoul Khafiz Fakh, dirigeant de ladite société, pour avoir posé des actes visés par l'article 189 de l'AUPC, et notamment disposé des biens et du crédit de la société.

⁴⁸ C'est le cas des administrateurs représentant les salariés dans les sociétés du secteur public ou encore des cadres supérieurs de la société mère dans les groupes de sociétés.

des administrateurs, même si aucune clause des statuts ne le prévoit expressément⁴⁹.

Cette rémunération est fixée annuellement par l'assemblée générale (ordinaire ou extraordinaire). Le montant de la somme allouée à titre de jetons de présence est la plupart du temps, fixé pour l'exercice en cours, mais rien n'empêche qu'il ne soit fixé pour des exercices à venir. En outre, l'assemblée générale peut statuer à tout moment en vue de modifier, pour l'avenir, le montant précédemment fixé. Elle peut même supprimer cette somme.

Aux termes des articles 431 et 432 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, la somme fixée par l'assemblée générale, est répartie par la suite par le conseil d'administration⁵⁰. C'est le conseil d'administration qui est chargé de déterminer la rémunération cette fois individuelle des administrateurs. Il jouit d'une totale liberté dans l'accomplissement de cette mission d'autant plus que l'article 431 emploie l'adjectif « librement » pour qualifier son mode de répartition des jetons de présence. Il s'agit là d'une disposition qui n'est pas d'ordre public, les actionnaires pouvant en disposer autrement dans les statuts⁵¹. Cette forme de rémunération n'est pas conditionnée par la réalisation de bénéfices. Aussi, l'assemblée générale peut les octroyer, quel que soit le résultat de l'activité sociale.

En revanche, la fixation de la somme allouée à titre de jetons de présence doit impérativement être portée à l'ordre du jour de l'assemblée sous peine d'encourir un risque de nullité.

c/ Rémunération de l'administrateur général et de son adjoint

Tout comme les membres du conseil d'administration, l'administrateur général peut se voir allouer par l'assemblée générale ordinaire une indemnité de fonction, des rémunérations pour mission et mandat et des avantages en nature. En outre, l'assemblée générale peut autoriser le remboursement des frais de voyage, déplacement et dépenses engagées dans l'intérêt de la société⁵².

Quant à la rémunération de l'administrateur général adjoint, c'est également à l'assemblée générale ordinaire qu'il appartient d'en fixer les modalités et le

⁴⁹ Article 431 de l'AUSC : « L'Assemblée générale ordinaire peut allouer aux administrateurs, en rémunération de leurs activités, à titre d'indemnité de fonction une somme fixe annuelle qu'elle détermine souverainement ». V. *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 487.

⁵⁰ Article 431 alinéa 3 de l'AUSC : « Sauf clause contraire des statuts, le conseil d'administration répartit librement les indemnités de fonction entre ses membres ». V. aussi *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1860 et 1861 ; *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 487.

⁵¹ Cela se perçoit dans la formulation de l'article 431 *in fine*, par l'expression « Sauf clause contraire des statuts ».

⁵² Article 501 de l'AUSC.

montant⁵³. Mais l'assemblée générale n'est pas le seul organe à détenir une compétence exclusive dans la détermination de la rémunération. Cette compétence revient également au conseil d'administration.

2/ La compétence exclusive du Conseil d'Administration

C'est le conseil d'administration qui attribue également de manière exclusive la rémunération du Président du conseil d'administration (1), du Président directeur général et du Directeur général ainsi que son adjoint (2).

a/ La détermination de la rémunération du PCA

Dans les sociétés anonymes, c'est au conseil d'administration qu'il revient de fixer la rémunération du président. Et la Cour de cassation française⁵⁴ de préciser, que le pouvoir du conseil d'administration en matière de rémunération englobe la suppression ou la modification unilatérale de la rémunération ainsi allouée⁵⁵.

Le président du conseil d'administration étant nécessairement administrateur, il perçoit en sus de cette rémunération des jetons de présence. Cette rémunération que l'on peut qualifier de « spéciale » est soit en numéraires, soit en nature soit encore un cumul des deux. Elle pourrait ainsi consister dans des numéraires en plus de la mise à disposition d'un véhicule de fonction ou d'une maison de fonction, des stocks options ou des actions gratuites⁵⁶.

Toutefois, si le conseil détient une compétence exclusive pour déterminer la rémunération du président, il n'a pas pour autant le pouvoir de ratifier a posteriori la décision d'un dirigeant, en l'espèce le président qui, sans obtenir préalablement une décision du conseil, s'est alloué une rémunération supplémentaire ; en effet, les pouvoirs légaux du conseil ne comprennent pas celui d'approuver a posteriori une rémunération décidée par le président *proprio motu*. Une telle décision peut non seulement faire l'objet d'une annulation, mais également constituer un délit d'abus de biens sociaux⁵⁷. Le dirigeant pouvant même être condamné à rembourser les rémunérations indûment perçues.

⁵³ Article 514 de l'AUSC : « Les modalités et le montant de la rémunération de l'administrateur général adjoint sont fixés par l'Assemblée générale ordinaire ainsi que le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont accordés (...) ».

⁵⁴ Cour de cassation, ch. com., 24 oct. 2000, *Mme Hugon c/ Société l'Inpeccable et a*, Bull. Civ., IV, n° 166, p. 148, note S. FERRIES. V. aussi *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 491.

⁵⁵ Cour de cassation, ch. com., 30 nov. 2004, n° 01-13216, *Époux Y. c/ SA Garage Y.*, note D. VIDAL, BMIS Joly, 1^{er} mars 2005, n° 3, p. 391. V. aussi *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 491.

⁵⁶ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 504. V. aussi *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1878.

⁵⁷ Cour de cassation, ch. crim., 9 mai 1973, *D.* 1974, p. 271, note B. BOULOC ; Cour de cassation, ch. crim. 6 oct. 1980, *Rev. Soc.* 1981, p. 133, note B.

La Cour de cassation a ainsi eu à confirmer dans un arrêt de 2007 que la rémunération allouée au président du conseil d'administration d'une SA, notamment sous la forme d'un complément de retraite, doit faire l'objet d'une délibération du conseil d'administration sur son montant et ses modalités⁵⁸. Par ailleurs, la décision prise par deux administrateurs, mandatés par le conseil d'administration est considérée par la Cour de cassation comme illicite⁵⁹. Cette pratique étant motivée par un désir de discrétion vis-à-vis des représentants du comité d'entreprise qui siègent au conseil d'administration.

Il reste à présent à résoudre la question de savoir si le président du conseil d'administration peut prendre part au vote de la résolution qui détermine sa rémunération? Si l'on s'en tient à l'article 482 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales, rien n'interdit au président de prendre part au vote. Mieux, s'il n'existe aucune disposition contraire dans les statuts, la voix du président est prépondérante.⁶⁰ Et bien que certains dirigeants, refusent, par pudeur de prendre part au vote de la résolution fixant leurs rémunérations, il n'existe en réalité aucune disposition légale ou réglementaire, explicite ou même implicite, leur interdisant de prendre part au vote, même si l'on ne peut raisonnablement écarter un risque de conflits d'intérêts.

Ainsi, la détermination de la rémunération du président du conseil d'administration ne constitue pas une convention réglementée soumise à la procédure prévue par les articles 350 et suivants de l'acte uniforme⁶¹.

b/ La détermination de la rémunération du PDG, du DG et du DGA

Dans les sociétés anonymes à conseil d'administration, il n'existe aucune disposition légale interdisant au Président directeur général, au directeur général ou à son adjoint d'exercer leurs fonctions à titre gratuit. Néanmoins si les fonctions sont rémunérées, le conseil d'administration bénéficie d'une compétence exclusive (selon les dispositions des articles 467, 474 et 490 de l'acte uniforme sur les

⁵⁸ Cour de cassation, ch. com., 6 févr. 2007, n° 01-17877 (n° 142 FD), *Sté Gan vie*, Bull. Joly Sociétés, 2007, p. 1007. Cour de cassation, ch. com., 27 févr. 2001, n° 394 FD, *Sté Malteries franco-belge c/ Bernheim*, RIDA 6/01, n° 700. V. aussi *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 493,

⁵⁹ Cour de cassation, ch. com., 11 oct. 2005, D. 2005, p. 2743, obs. LIENHARD ; Bull. Joly Sociétés, 1^{er} avr. 2006, n° 4, p. 498, note D. VIDAL.

⁶⁰ Article 454 de l'AUSC : « *Le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres est présente.*

Les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des membres présents ou représentés, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte. En cas de partage des voix, la voix du président de séance est prépondérante sauf clauses contraires des statuts (...) ».

⁶¹ Encyclopédie du droit OHADA, préc., p. 1878. Article 350 alinéas 1 et 2 de l'AUSC : « *L'assemblée générale ordinaire se prononce sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés.*

A cet effet, le ou les gérants ou s'il en existe un, le commissaire aux comptes, présentent à l'assemblée Générale ordinaire annuelle ou joignent aux documents communiqués aux associés, un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés ».

sociétés commerciales), dans la détermination de la rémunération du PDG, du DG et du DGA et cela ne relève pas des conventions réglementées.

Dès lors, le conseil d'administration ne peut confier à un comité *ad hoc* le soin de fixer la rémunération du directeur général. Même si en pratique, les comités de rémunération sont constitués au sein du conseil, ils n'ont qu'un avis consultatif⁶². De même qu'il ne peut ratifier *a posteriori* une rémunération fixée par le directeur général, cette rémunération étant irrégulière, le directeur général peut se voir dans l'obligation de restituer les sommes considérées comme étant indûment perçues⁶³.

À l'identique de la rémunération du directeur général, la rémunération du directeur général adjoint est déterminée par le conseil d'administration. En cas de pluralité, il appartiendra au conseil de déterminer la rémunération qui revient à chaque directeur général délégué, il ne saurait être question de leur octroyer un montant global qu'ils se répartiraient entre eux.⁶⁴

B.- L'approche conventionnelle de la rémunération

La procédure de contrôle des conventions réglementées s'applique en réalité à deux types de conventions, les premières sont les conventions qui sont conclues entre les personnes morales et leurs dirigeants, les secondes sont les conventions conclues entre des personnes morales ayant des dirigeants communs.

En matière d'attribution de rémunération, seul le premier type de convention nous intéresse, particulièrement la rémunération qui découle d'un contrat de travail. Les dirigeants de société qui se trouvent liés avec la société par un mandat social se trouvent finalement privés d'un certain nombre d'avantages octroyés aux salariés, puisqu'ils ne bénéficient pas de la protection de la législation du travail. Pour pallier cette insuffisance, ils ont recours au cumul entre leur mandat social et le contrat de travail, et peuvent ainsi bénéficier de la protection octroyée aux salariés, mais à des conditions précises.

Nous abordons donc la question de la rémunération en cas de cumul d'un mandat social avec un contrat de travail (1) avant d'examiner celle relative au contrat de travail dans les groupes de société (2).

⁶² Cour de cassation, ch. com., 4 juill. 1995, *JCP E* 1995. II. 750, note Y. GUYON ; *Rev. Sociétés* 1995, 504, note P. LE CANNU ; *Bull. Joly* 1995.

⁶³ Cour de cassation, ch. com., 19 déc. 1987, *Bull. Joly*, 1988, p. 80.

⁶⁴ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 490.

1/ La rémunération en cas de cumul d'un mandat social avec un contrat de travail

Envisageons d'abord le cumul du mandat social et du contrat de travail des dirigeants de Sociétés Anonymes (a), avant de nous intéresser à celui des autres dirigeants (b).

a/ Les dirigeants des sociétés anonymes

Notre étude débutera par l'analyse du cumul entre mandat social et contrat de travail des dirigeants des sociétés anonymes avec conseil d'administration (i), pour développer dans un second temps une analyse relative au cumul entre mandat social et contrat de travail des dirigeants de sociétés anonymes avec administrateur général (ii).

i) Sociétés anonymes avec conseil d'administration

Les dirigeants de sociétés anonymes à conseil d'administration, concernés par ce type de cumul sont les administrateurs (i.i), le président du conseil d'administration (i.ii), le directeur général et enfin le directeur général adjoint (i.iii).

i.i. Les administrateurs

Si les statuts ne disposent pas autrement, l'article 426 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales permet la nomination d'un salarié de la société comme administrateur *« si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. De même, un administrateur peut conclure un contrat de travail avec la société si ce contrat correspond à un emploi effectif »*. Ces contrats de travail font l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration, car il s'agit de conventions réglementées.

Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail peut être source d'aberrations juridiques. En effet, un administrateur en sa qualité de salarié se retrouvera inmanquablement sous l'autorité hiérarchique du directeur général, alors qu'il peut, dans le même temps, en sa qualité de mandataire social voter le limogeage de ce même directeur général. Une situation juridiquement intenable qu'il convient de corriger en s'inspirant d'autres législations notamment la législation française.

Dans la législation française, le cumul est possible, mais reste néanmoins soumis à des conditions drastiques ne permettant pas à l'administrateur en fonction de conclure un contrat de travail⁶⁵, et interdisant également au salarié de cumuler son contrat de travail avec un mandat social.

⁶⁵ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p 319.

Mais est-ce qu'un mandataire social qui a effectivement fourni, une prestation à la société, distincte de son mandat social, peut prétendre à une indemnité ? La réponse à cette question est loin d'être unanime en droit français, et a donné lieu à des décisions de justice pour le moins contradictoires. Car si la Cour de cassation a répondu par l'affirmative dans un arrêt de 1982⁶⁶, elle est revenue sur sa position quelques années plus tard⁶⁷.

Cela ne veut pas dire pour autant qu'un administrateur ne puisse changer de statut et devenir salarié, mais il sera alors dans l'obligation de démissionner de ses fonctions d'administrateur et d'attendre que sa démission soit entérinée par l'assemblée générale pour conclure son contrat de travail⁶⁸. Or si la société peut librement révoquer un mandataire social, il lui est par contre impossible de remercier un salarié sans le licencier ! Et si son licenciement n'est pas régulier, la société se trouvera dans l'obligation de lui verser une indemnité. C'est la crainte de devoir verser cette indemnité qui risque de constituer un frein au principe de libre révocation du mandataire, d'où l'interdiction pour un administrateur en fonction de devenir salarié.

En revanche, le législateur permet aux salariés qui se distinguent par leurs aptitudes, et dont l'expérience peut être utile à la société, de ne pas être otage de leur statut de salarié et de s'assurer une promotion sociale, en ayant la possibilité d'accéder à l'exercice d'un mandat social. Cependant, cette faculté est subordonnée à plusieurs conditions. Ainsi, le contrat de travail doit impérativement être antérieur au mandat social. Ensuite le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif, c'est-à-dire un emploi sérieux, sincère, et où le lien de subordination est réel⁶⁹, enfin le nombre des administrateurs liés par un contrat de travail ne doit pas dépasser le tiers des administrateurs en fonction⁷⁰.

En droit OHADA par contre, de la même manière qu'un salarié peut cumuler son contrat de travail avec un mandat social, un mandataire social peut également conclure un contrat de travail. La règle vaut ainsi pour les uns et les autres dans les conditions prévues par l'article 426 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales⁷¹.

⁶⁶ Cour de cassation, ch. soc., 6 mai 1982, *Mangano*, *Bull. Civ.* V n° 281.

⁶⁷ Cour de Cassation, ch. com., 16 mai 1995 n° 1066, *RJDA* 10/95 n° 1112 ; Cour de cassation, ch. Soc., 24 juin 2003 n° 1737.

⁶⁸ CA de Paris, 25 mai 2004, *BRDA* 21/04, n° 3.

⁶⁹ Cour de Cassation, ch. soc., 17 sept. 2008, n° 07-43626, *M. X. c/ Société Odorup France*, *Bulletin Joly*, 1^{er} janvier 2009, n° 1, p. 12.

⁷⁰ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 317

⁷¹ Article 426 de l'AUSC : « *Sauf clause contraire des statuts, un salarié de la société peut être nommé administrateur si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. De même, un administrateur peut conclure un contrat de travail avec la société si ce contrat correspond à un emploi effectif. Dans ce cas, le contrat est soumis aux dispositions des articles 438 et suivants ci-après* ».

i.ii Le PCA

Lorsque la société anonyme est dotée d'un conseil d'administration, le Président dudit conseil « *peut être lié à la société par un contrat de travail dans les conditions prévues à l'article 426* »⁷² de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Ce qui signifie en principe qu'il n'existe aucune incompatibilité entre la qualité de Président du conseil d'administration qui est un administrateur élu par les actionnaires et celle de salarié de la société.

Les conditions posées par l'article 426 sont celles relatives à l'effectivité de l'emploi. Ce type de contrat est une convention réglementée régie par l'article 438 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, il est donc soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Toutefois, si son contrat de travail est antérieur à son élection au conseil d'administration, cette autorisation n'est pas nécessaire.

i.iii Le PDG, le DG et le DGA

Ils sont soumis aux mêmes règles que le PCA et les articles 466, 489 et 473 indiquent respectivement que le Président directeur général, le Directeur général et le Directeur général adjoint peuvent être liés à la société par un contrat de travail.

Le directeur général peut exercer sa fonction sans avoir recours au cumul. Il peut être actionnaire ou une personne extérieure à la société. Mais en tout état de cause, il peut cumuler sa fonction avec plusieurs autres fonctions. Tout d'abord, le directeur général peut cumuler sa fonction de directeur général avec celle de membre du conseil d'administration. Il percevra à ce titre, des jetons de présence en plus de ses émoluments de directeur général. Les règles applicables aux administrateurs sont identiques à celles relatives au directeur général membre du conseil d'administration.

Par ailleurs, le directeur général peut exercer la fonction de président du conseil d'administration. Il est possible aujourd'hui de choisir entre deux options : dissocier les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général ou les réunir en une seule fonction, celle de Président directeur général. Dans la seconde hypothèse où le directeur général est également président du conseil d'administration, il percevra des jetons de présence en sa qualité d'administrateur, une rémunération spéciale en sa qualité de président du conseil d'administration, ainsi qu'une autre rémunération en sa qualité de directeur général.

⁷² Article 481 de l'AUSC : « *Le président du conseil d'administration peut être lié à la société par un contrat de travail dans les conditions prévues à l'article 426 ci-dessus* ».

Mais peut-il cumuler sa fonction de président directeur général avec un contrat de travail ? Aucune disposition n'interdit à un salarié d'accéder sous certaines conditions à un mandat social. Mais dans ce cas, le contrat de travail nécessairement antérieur au mandat social échappe à la procédure de contrôle des conventions réglementées. En revanche toutes modifications ultérieures du contrat de travail seront soumises à la procédure de contrôle des conventions réglementées⁷³.

S'agissant du Directeur général adjoint, qu'il soit membre du conseil d'administration ou non, aucune disposition légale ne lui interdit de cumuler son mandat social avec un contrat de travail. Cependant pour éviter certains abus, un tel cumul est soumis à une exigence : le contrat de travail après la nomination se doit de correspondre, à un emploi effectif. Les deux fonctions doivent être distinctes, sans risque de confusion, et l'intéressé doit rester soumis à un lien de subordination. Il faut donc se féliciter de la jurisprudence française constante⁷⁴ qui considère que lorsque les fonctions sociales « absorbent » les fonctions salariées ou lorsque le lien de subordination fait défaut, le contrat de travail se trouve, en l'absence de convention contraire, automatiquement suspendu, durant l'exercice du mandat social⁷⁵.

Intéressons-nous à présent aux dirigeants des sociétés anonymes avec administrateur général.

ii. Sociétés anonymes avec administrateur général

Le contrat de travail de l'administrateur général « *est soumis à l'autorisation préalable de l'assemblée générale* »⁷⁶. Pour être valable, son contrat doit correspondre à un emploi effectif. Il en est de même pour l'administrateur général adjoint⁷⁷.

Dans les sociétés anonymes avec administrateur général, celui-ci exerce ses pouvoirs sous une double limite : le respect de l'objet social d'une part et celui des pouvoirs reconnus aux assemblées d'actionnaires d'autre part. C'est pourquoi son contrat de travail doit être nécessairement soumis à l'autorisation de l'assemblée générale.

⁷³ *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1878.

⁷⁴ Cour de cassation, ch. soc., 12 déc. 1990, *Bull. Joly*, 1991, p. 842, § 302, note P. LE CANNU.

⁷⁵ CA de Paris, 21^e ch. sect. A, 10 sept. 2003, n° 02/31298, *Hildenbrand c/ SCGPM*, note G. AUZÉRO.

⁷⁶ Article 499 de l'AUSC : « *L'administrateur général peut être lié à la société par un contrat de travail à la condition que celui-ci corresponde à un emploi effectif. Le contrat de travail est soumis à l'autorisation préalable de l'Assemblée générale. A défaut, le contrat de travail est nul* ».

⁷⁷ Article 513 de l'AUSC : « *L'administrateur général adjoint peut être lié à la société par un contrat de travail à la condition que celui-ci soit effectif. Le contrat de travail est soumis à l'autorisation préalable de l'Assemblée générale ordinaire. A défaut, le contrat de travail est nul* ».

Si l'acte uniforme n'avait pas apporté cette précision, l'on aurait assisté à des abus de la part de l'administrateur général. En effet, « *l'absence de conseil d'administration dispense l'administrateur général de la nécessité d'obtenir une autorisation préalable pour conclure certains contrats avec la société qu'il dirige* »⁷⁸. Ainsi, il aurait pu conclure son contrat de travail avec la société sans la moindre autorisation.

Mais une question se pose ici, c'est celle de savoir qui doit signer ce contrat ? En principe, l'administrateur étant le représentant légal de la société dans ses rapports avec les tiers, c'est à lui qu'il revient la charge de signer ce contrat ; seulement ici, il nous semble judicieux, et ce, pour éviter des conflits d'intérêts de le faire signer par l'un quelconque des actionnaires de la société.

b/ Les gérants des SNC et des SARL

Sous cette appellation générique, nous entendons regrouper uniquement les gérants des SNC (i), ainsi que ceux des SARL (ii).

i/ Gérant de la société en nom collectif

Les gérants de SNC, ayant la qualité de commerçant, ne peuvent en principe, conclure un contrat de travail, cette qualité étant incompatible avec la qualité de salarié, sauf à considérer un arrêt prudhommal de Paris⁷⁹. Bien que les textes soient muets, le cumul des fonctions de gérant non associé avec celles de salarié est admis, à condition que les fonctions salariales soient effectives et que le gérant non associé soit dans un état de subordination à l'égard de la société⁸⁰.

Il percevra un salaire au titre de sa fonction de salarié, ainsi qu'une autre rémunération en sa qualité de gérant, cette dernière rémunération pouvant être précisée aussi bien par les statuts que par une décision collective des associés prise à la majorité qu'ils déterminent. Néanmoins, la question du cumul reste sensible lorsqu'elle concerne le gérant associé. Ce dernier ayant automatiquement le statut de commerçant, il importe de savoir si cette qualité n'est pas incompatible avec le statut de salarié.

La Cour d'appel de Paris a rendu une décision en matière prud'homale⁸¹ dans laquelle elle considérait, à l'inverse de ce qui était communément admis, « *qu'aucun texte relatif aux sociétés en nom collectif n'interdisait le cumul des qualités d'associé et de salarié d'une SNC* ». En autorisant ce cumul, la Cour d'appel de Paris estime qu'il n'existe aucune raison de refuser à l'associé la qualité

⁷⁸ F. ANOUKAHA ET ALII, préc., p. 430.

⁷⁹ CA Paris, 4 nov. 2003, *BRDA* 3/2004, n° 3 ; *Dr. Soc.*, 2004, n° 217, obs. J. MONNET ; *JCP E* 2004, 1510, n° 5, civ. V, n° 239, J.J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

⁸⁰ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 329.

⁸¹ CA Paris, 4 nov. 2003, *BRDA* 3/2004, n° 3 ; *Dr. Soc.*, 2004, n° 217, obs. J. MONNET ; *JCP E* 2004, 1510, n° 5, civ. V, n° 239, J.J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

de salarié si l'activité développée au titre de chacune de ces deux qualités est tout à fait distincte. Cette solution qui constitue une avancée sur le plan pratique gagnerait à être adoptée par le législateur ohada.

Voyons à présent le régime du cumul applicable aux gérants des SARL.

ii/ Gérant de la société à responsabilité limitée

Le gérant peut cumuler un contrat de travail et un mandat d'administrateur de SARL puisqu'aucune règle légale ne l'interdit. De plus, ce cumul peut être intéressant pour le gérant qui joint à l'avantage de la rémunération, une garantie liée aux droits sociaux reconnus aux travailleurs⁸². Deux conditions essentielles doivent cependant être remplies : le contrat de travail doit être effectif et distinct des fonctions de gérant et doit placer l'intéressé dans un état de subordination vis-à-vis de la société⁸³.

Selon la jurisprudence française, lorsque le gérant est non majoritaire, qu'il soit associé ou non, rien ne lui interdit de cumuler entre le mandat social et le contrat de travail⁸⁴, à condition de respecter les conditions générales. Cependant, le contrat de travail devra être soumis à la procédure des conventions réglementées. En revanche si le gérant est majoritaire, le cumul est exclu, le lien de subordination⁸⁵ étant impossible à établir.

2/ Le contrat de travail dans les groupes de société

Si le cumul intervient le plus souvent à l'intérieur d'une même société, il est également courant dans les groupes de sociétés. Il en est ainsi lorsqu'un salarié dans la société mère est nommé mandataire dans la filiale (a), ou encore lorsque l'objet du contrat de travail est l'exercice d'un mandat social (b).

a/ Le cumul du contrat de travail dans une société et d'un mandat social dans une autre

Il est fréquent qu'un salarié dans une société mère soit nommé mandataire dans la filiale. Il s'agit là d'une situation classique de cumul entre un contrat de travail et un mandat social, et il n'existe aucune base légale interdisant au salarié

⁸² B. SAINTOURENS, *L'entreprise en société à responsabilité limitée*, Paris, Dalloz, 1994, p. 22 et s.

⁸³ F. ANOUKAHA ET ALII, préc., p. 379 (Cour de Cassation, ch. soc., 17 sept. 2008, n° 07-43.626, *Margueritte c/ Mauhin*, JCP, 1^{er} janvier 2009, note C. PUIGELIER) : il s'agit de l'appréciation de la preuve du lien de subordination supposé avoir existé en parallèle d'un mandat social.

⁸⁴ Cour de cassation, ch. soc., 2 juin 1988 n° 2047 ; Cour de Cassation, ch. soc., 16 mai 1990, n° 86-42.681, *Assédic de l'Ain et des deux savoies c/ Verturini* : RJS 6/90 n° 535 ; Cour de cassation, ch. soc., 16 déc. 1981, n° 2428 ; Cour de Cassation, ch. soc., 13 nov. 1985, n° 83-41.075, *SARL Techneco c/ Dautrey*.

⁸⁵ Cour de cassation, ch. soc., 7 févr. 1979 : *Rev Sociétés* 1980, p. 473 ; Cour de cassation, ch. soc., 8 oct. 1980 : *D.* 1981, p. 257, NOTE REINARD ; Cour de Cassation, ch. soc., 31 mars 1982, n° 81-11.449, *Assédic Atlantique, Anjou c/ Brunner* : *Bull. civ.*, V, n° 239.

de cumuler son contrat de travail avec un mandat social, pour peu qu'il respecte les conditions générales du cumul ; des conditions dont la transgression peut entraîner la suspension temporaire du contrat de travail jusqu'à l'extinction du mandat social.

Le salarié-mandataire social percevra deux rémunérations distinctes. Une première rémunération au titre de son contrat de travail et une seconde au titre de son mandat social. La société mère peut supporter seule la charge de la rémunération de son salarié, mandataire sociale dans une de ses filiales, mais elle peut également facturer le montant des rémunérations à la filiale.

b/ L'exercice d'un mandat social au travers d'un contrat de travail

Afin d'exercer un meilleur contrôle sur sa filiale, la société peut avoir recours à une pratique, qui n'est pas rare, et qui consiste à recruter un salarié qui exercera des fonctions de mandataire social dans l'une de ses filiales⁸⁶.

Cette pratique présente des avantages aussi bien pour la société mère que pour le salarié mandataire-social. Cela permet à la société mère de mieux contrôler sa filiale puisque l'un de ses mandataires sociaux est sous son influence directe. De son côté le salarié-mandataire social accède à la protection du droit du travail, en bénéficiant, ainsi, d'une certaine stabilité. Néanmoins, du point de vue de la doctrine, cette pratique n'a pas fait l'unanimité, et a soulevé un certain nombre de polémiques, et de vives critiques.

En premier lieu, la question s'est posée de savoir si un contrat de travail pouvait avoir pour unique objet l'exercice d'un mandat social ? Et si la conclusion d'un contrat de travail entre le salarié-mandataire social, et la société mère, pouvait constituer une entrave au principe de la révocabilité *ad nutum* des mandataires sociaux ?

La Cour de cassation a tranché, et a admis la validité du « contrat de travail ayant pour objet exclusif l'exercice du mandat social dans la filiale »⁸⁷, non sans avoir assujéti la validité de ce contrat à un certain nombre de conditions. La première condition consiste en l'existence d'un lien de subordination entre la société mère et le salarié-mandataire social⁸⁸, ce qui revient à dire que la société mère doit garder à l'encontre du salarié-mandataire social des prérogatives de tout employeur à l'encontre de ses employés. À défaut d'un tel lien, la Cour de cassation a jugé que le seul fait d'être mandataire social d'une société contrôlée

⁸⁶ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 366.

⁸⁷ Conseil des prudhommes de Paris, 15 sept. 2003, n° R 03/02822, *Sandager c/ Vivarte* : *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} Déc. 2003, n° 12, p. 1323, note B. SAINTOURENS.

⁸⁸ Cour de cassation, ch. soc., 2 oct. 1991, n° 2878 : *RJDA*, 12/91, n° 1041 ; CA Versailles, 25 nov. 1994 : *RJS* 3/95 n° 312 ; Cour de cassation, ch. soc., 4 mars 1997, n° 1056 : *RJDA*, 6/97, n° 781 ; Cour de cassation, ch. soc., 11 mars 2003, n° 742 : *RJDA*, 6/03, n° 596 ; Cour de cassation, ch. soc., 24 janv. 2007, n° 05- 42.366 : *Bull. Joly*, 2007, p. 606, note P. LE CANNU.

directement ou indirectement telles une filiale ou une sous-filiale ne donne pas au mandataire social la qualité de salarié de la société mère.⁸⁹

Il faut ensuite que l'attribution de la rémunération émane de la société mère⁹⁰.

Enfin, il est aussi indispensable que l'objet du contrat de travail soit l'exercice du mandat social. Nous nous trouvons finalement face à un mandataire social, qui exerce son mandat au travers d'un contrat de travail dont l'unique objet consiste dans l'exercice du mandat social.

Il reste à se demander si la validité d'un tel contrat n'entrave pas l'application du principe de la révocation ad nutum ? En vérité, le contrat de travail conclu avec une société mère notamment pour exercer un mandat social dans une filiale n'est pas illicite, si bien que l'on peut y insérer une clause d'indemnité prévue en cas de licenciement sans faute. Il faut indiquer que l'insertion de ladite clause n'est pas de nature à entraver ou restreindre la libre révocation des mandataires sociaux.

Autrement dit, ledit mandataire est toujours sous l'emprise de la révocation ad nutum. Toutefois, il peut valablement faire valoir ses droits en matière sociale au titre de la rupture de son contrat de travail dès lors que la société mère, qui lui avait confié d'autres missions dans le cadre dudit contrat, n'était pas tenue de le licencier après la révocation du mandat surtout que son état de subordination à l'égard de la société mère était établi notamment par les directives qui à lui imposées pendant l'exercice de son mandat⁹¹.

⁸⁹ Cour de Cassation, ch. soc., 28 juin 2001, n° 3184, *RJS*, 10/01 n° 1225.

⁹⁰ Cour de cassation, ch. soc., 2 oct. 1991 n° 2878 : *RJDA* 12/91 n° 1041 ; Cour de cassation, ch. soc., 6 oct. 1993, n° 3194 : *RJS* 11/93 n° 1147.

⁹¹ CA Paris 4 juin 1997, 18^e chambre, *C. Pélissier c/ SA CFDI* : *RIDA* 11/97 n° 1354.

DROIT PÉNAL – DROIT COMPARÉ

Réflexions libres autour de la répression de l'instigation

– L'éclairage du droit pénal français à l'aube d'une réforme du Code pénal mauricien –

Cathy POMART

*Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles
Université de La Réunion*

Résumé :

La répression de l'instigateur en droit pénal français est éclatée et peu lisible. Cette répression s'opère tour à tour par le biais de la théorie de complicité, via des délits autonomes de provocation, au titre d'auteur intellectuel d'une infraction. Cet article plaide pour la construction d'un statut de l'instigateur cohérent : l'instigateur pourrait dès lors être réprimé indépendamment de la survenance d'un résultat et surtout indépendamment d'un passage à l'acte de celui qui est provoqué. La préparation d'une réforme du Code pénal mauricien semblait une occasion intéressante de comparer les solutions retenues en matière d'instigation dans les deux systèmes répressifs pour proposer au droit mauricien de tirer des enseignements des réformes françaises et de leur analyse par la doctrine pour façonner sa propre réponse pénale aux comportements d'instigation.

Summary :

The punishment of instigators in French penal law is hardly legible. It relies alternately on the theory of complicity and on autonomous offenses of provocation for authors of intellectual crime.

This article advocates for the establishment of a coherent status of the instigator: he could thus be punished even in the absence of a result and independently from a retaliation of the provoked.

The preparation of a reform of the Mauritian Penal Code appeared as an opportunity to compare the solutions retained in the matters of instigation in the two repressive systems. Mauritian law could draw lessons from the French reforms and from the analysis of said reforms by the doctrine to shape its own penal response to instigation.

« Retenez bien (...) que le plus grand fléau dans les sociétés est l'homme qui provoque. Quand il n'y a point de provocateurs, ce sont les forts qui commettent les crimes, parce que ce sont les forts qui les conçoivent. Des êtres faibles peuvent être entraînés, excités. Pour les précipiter dans l'abîme, il suffit souvent de chercher un mobile dans leurs passions ou dans leur amour-propre, mais celui qui tente ce moyen de les faire succomber est un monstre ! C'est lui qui est le coupable, et c'est lui que le glaive devrait frapper ».

Mémoires de Vidocq, Chef de la police de sûreté, tome 1, Paris, 1828

La provocation est fréquemment abordée par celui qui s'intéresse au droit pénal sous le prisme de l'excuse de provocation, excuse qui a disparu du Code pénal français à la faveur de la réforme de 1994 du fait de la suppression des *minima* légaux de peine et de la consécration d'un pouvoir souverain du juge dans l'individualisation de la peine¹. Une autre approche de la provocation est cependant possible et plus rarement explorée : une approche sous l'angle de l'instigation.

Dès lors qu'on aborde la question de l'instigation, les interrogations fusent : Quelle est la criminalité de l'instigateur ? Quelle doit être la répression de l'instigation ? Faut-il opter pour un texte global consacré à l'instigateur ou doit-on privilégier des références éclatées à la notion de provocation ? Au plan criminologique comme juridique, l'instigateur doit-il être considéré comme un auteur, un complice ou autre chose ?

Le droit pénal français a apporté des réponses à l'ensemble de ces questions de manière progressive, au gré d'expressions de besoins. L'instigation est en effet une réalité sociologique, un comportement criminogène qu'il convient d'appréhender et de réprimer. L'impérieuse nécessité d'une intervention du droit étant posée, la question des modalités de la prise en compte de ces comportements criminogènes demeure entière. Si la loi morale a tendance à considérer l'instigateur comme l'auteur principal de l'infraction et lui attribue volontiers la part de responsabilité la plus grande², le droit français positionne classiquement l'instigateur au rang de complice³. À la vérité, le système retenu par le *corpus*

¹ Article 121-32 du Code pénal. On songe à l'abrogation des articles 321 à 326 du Code pénal de 1810 par la réforme de 1994. En revanche, l'excuse de minorité continue de connaître une actualité en matière d'infractions de presse (injures publiques et non publiques) : Crim. 31 mars 2015, *Gaz. Pal.* 17 juin 2015, pp. 168-169, obs. F. FOURMENT ; M. VÉRON, « La délicate conciliation entre immunité et provocation », *Droit pénal* n° 5, 1^{er} mai 2015, p. 31 ; A. LEPAGE, « Précisions sur l'excuse de provocation », *Communication, Commerce électronique* n° 5, 1^{er} mai 2015, pp. 38-39.

² V. J.-P. DOUCET, V° « Instigation », in *Dictionnaire de droit criminel*.

³ Cette hypothèse de la complicité par instigation peut en réalité recouvrir deux formes selon les rapports que l'instigateur et l'auteur principal entretiennent : lorsque l'instigateur incite celui qui devient l'auteur principal à commettre l'infraction en usant des moyens énumérés par l'article 121-7

textuel national apparaît complexe et perfectible. Une introspection du droit français conduit à avancer qu'un texte unique aurait sans doute été préférable à une multitude de textes épars dans des domaines particuliers.

Ces questions sont capitales tant du point de vue de la légistique que de celui du droit pénal matériel à l'heure où l'on entend proposer – comme c'est le cas aujourd'hui en droit mauricien – une refonte du Code pénal. L'île Maurice n'a pas réformé le Code Napoléon qu'elle avait importé et promulgué le 14 août 1838. L'origine commune du droit pénal français et du droit mauricien rend possible et tentant de s'inspirer des solutions consacrées par le législateur français. L'enjeu de la réforme du Code pénal mauricien est réel dès lors qu'il s'agit de moderniser le droit pénal mauricien demeuré presque « figé » en 1838⁴. Une approche de droit comparé peut dès lors se révéler précieuse à l'aube d'un choix de cette importance. L'exemple de l'évolution du droit français qui a devancé le droit mauricien dans cette entreprise de modernisation de son Code pénal – modernisation intervenue à la suite des lois du 22 juillet 1992 et des retouches plus ponctuelles qui ont suivi – apparaît porteur d'enseignements. Le législateur français semble ne pas avoir souhaité aborder de front la question de l'instigation malgré des propositions doctrinales audacieuses. Cette attitude réservée du législateur témoigne de la difficulté à appréhender la notion d'instigateur et la réalité qu'elle recouvre. En droit positif français, l'instigateur d'une infraction est tour à tour réprimé comme complice de l'infraction en application de la théorie générale de la complicité prévue à l'article 121-7 du Code pénal, mais également, plus exceptionnellement, comme auteur de ladite infraction ou même d'une autre infraction. C'est sans aucun doute en raison de l'insatisfaction qui résultait d'une répression de l'instigation par le biais de la complicité – choix initial du droit français – que des parades ont été recherchées tant de manière informelle par la jurisprudence que par le législateur lui-même. Les tâtonnements du droit français – qui se retrouvent en partie en droit mauricien – peuvent nourrir les réflexions des autorités mauriciennes sans perdre de vue l'importance de retenir une solution satisfaisante pour la Société mauricienne, parce qu'adaptée à ses attentes.

Ce focus sur les solutions retenues par le droit français conduit tour à tour à envisager la répression *a priori* logique de l'instigation par le biais de la complicité (I) avant d'envisager la possible répression de l'instigation à titre autonome (II).

alinéa 2, il y a complicité par provocation ; dans les autres hypothèses c'est-à-dire en l'absence de provocation, l'instigateur n'est punissable que s'il a fourni des instructions à l'auteur principal de l'infraction.

⁴ V. S. M. KADEL, « Office of DPP Conference on Prosecutorial Standards », LRC Presentation, janvier 2011. V. également *Issue paper on General Principles of Criminal Law*.

I.- La répression de l'instigation par le biais de la complicité

Le choix du droit français s'agissant de l'appréhension de l'instigation s'est d'abord porté sur une répression par le biais de la complicité et, par voie de conséquence, *via* la théorie de l'emprunt de criminalité⁵ (*Article 625 de la Coutume réformée de Bretagne* ; *article 195 de l'Ordonnance de Blois de 1579* ; *Article 4, Titre XVI de l'Ordonnance criminelle de Saint-Germain-en-Laye de 1670*). Ce choix se défend dès lors qu'on considère que le projet criminel pensé par l'instigateur est en réalité exécuté par un tiers qui en est l'auteur principal. L'expérience de ce système a mené au constat d'une insuffisance et donc d'une insatisfaction de la répression de l'instigation par recours à la théorie de la complicité (A). Ladite insatisfaction a conduit les magistrats à chercher des palliatifs pour éviter les impunités choquantes (B).

A.- L'insatisfaction résultant d'une répression par le biais de la complicité

L'insatisfaction ressentie du fait de ce détour par la théorie de la complicité est d'abord conceptuelle. En effet, dans la complicité par provocation ou par instruction, le projet criminel exécuté appartient, à bien y réfléchir, plus à l'instigateur (c'est-à-dire au complice) qu'à l'auteur principal : ce dernier ne fait que s'associer au projet criminel de l'instigateur. Il semble dès lors délicat de mettre sur un pied d'égalité les deux variétés de complicité reconnues par le droit français à savoir la complicité par aide ou assistance d'une part et la complicité par provocation d'autre part. Ces comportements renvoient à des réalités criminogènes extrêmement différentes.

L'insatisfaction est également pratique et découle des conditions même de répression de la complicité. La jurisprudence a rapidement mis en exergue les insuffisances de la répression par le biais de la théorie de la complicité avant même la réforme du Code pénal de 1994. Ainsi, si l'homme de main se désiste, l'instigateur demeure impuni faute de fait principal punissable⁶. Cette impunité de l'instigateur a pu sembler choquante, car l'instigateur a bel et bien réalisé tous les actes de complicité indispensables à la réussite de l'infraction. Il a par la même démontré son intention criminelle et sa dangerosité. Le projet criminel échoue finalement indépendamment de sa volonté. Pourtant, l'instigateur ne peut être condamné sur le terrain de la complicité.

⁵ V. le *Digeste* de Justinien : « *Celui qui ordonne de tuer est tenu pour le meurtrier* » (48, VIII, 15, 1) ; « *C'est un crime que d'aider les autres en les persuadant* » (48, 19, 16). V. le *Traité de la Justice criminelle* de D. JOUSSE (Paris, 1771) : l'auteur analyse les différents modes de participation à l'infraction, dont le mandat de commettre une infraction qui est puni comme la commission de l'infraction.

⁶ V. Crim. 6 décembre 1816, Bull. n° 85 ; Crim., 25 octobre 1962 « Affaire Lacour », *D.* 1963, p. 221, note P. BOUZAT, *JCP G* 1963, II, 12 985, note R. VOUIIN, *Rev. sc. crim.* 1963, p. 533, obs. A. LÉGAL ; Crim., 10 mars 1977, Bull. n° 91, *Rev. sc. crim.* 1979, p. 75 s., obs. J. LARGUIER.

Cette question délicate de l'instigation non suivie d'effet suscite des réflexions dans la doctrine pénaliste française depuis plus d'un siècle. La théorie de l'emprunt de criminalité rencontre ses limites dans la mesure où la responsabilité pénale de l'instigateur est soumise à l'effet du hasard, à la décision d'un intermédiaire – l'exécutant – qui soit passe à l'acte rendant possible la répression de l'instigateur, soit ne passe pas à l'acte garantissant par la même l'impunité de l'instigateur⁷.

B.- La recherche de palliatifs dans les hypothèses d'impunité

La recherche de palliatifs à ces hypothèses d'impunité a conduit à des interventions jurisprudentielles tendant à traiter le complice comme un auteur. La jurisprudence a effectivement tendance à assimiler, pour les besoins de la répression, les instigateurs et les coauteurs, entretenant par la même une confusion entre les notions de complice et de coauteur. A ainsi été considéré non comme complice, mais comme auteur l'employeur qui donne l'ordre à son employé de commettre un délit⁸.

Pourtant, en toute rigueur, le complice ne doit pas être confondu avec un coauteur⁹. Le coauteur de l'infraction est celui qui a commis avec un autre l'infraction et, dès lors, les éléments constitutifs de cette infraction doivent pouvoir être caractérisés en sa personne. En revanche, le complice est celui qui accomplit l'un des actes de complicité définis par la loi (art. 121-6). La distinction repose sur un critère objectif encore dénommé critère « *de la structure juridico-matérielle des différents agissements individuels* »¹⁰. Cette distinction reposant sur une acception matérialiste de l'auteur est d'ailleurs celle qui est également retenue par la jurisprudence mauricienne¹¹ (elle est cependant aujourd'hui dépassée en France – *v. infra les développements sur l'auteur intellectuel d'une infraction*). En France, comme sans doute à Maurice, ce critère a été préféré au critère subjectif en vertu

⁷ V. R. COMBALDIEU, « Le problème de la tentative de complicité ou le hasard peut-il être arbitre de la répression ? », *Rev. sc. crim.* 1959, p. 30 s. ; C. GERTHOFFER, « La tentative et la complicité », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Mélanges M. Patin*, Paris, 1965, p. 153 s. ; S. FOURNIER, « Complicité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2013, §. 99 : « Il est parfois regrettable que le provocateur ne soit puni que comme un complice. C'est en effet un délinquant particulièrement dangereux, qui reste dans l'ombre et qui combine l'astuce et la lâcheté ».

⁸ V. Crim. 29 juillet 1869, Bull. n° 184 ; Crim. 31 octobre 1889, Bull. n° 324. Cette tendance à l'assimilation s'est poursuivie plus récemment : V. notamment Crim. 28 mai 1968, *JCP G* 1968, II, 15 615 ; Crim. 4 décembre 1974, *Gaz. Pal.* 1975, I, somm. p. 93, *Rev. sc. crim.* 1976, p. 409, obs. J. LARGUIER.

⁹ V. P. GULPHE, « La distinction entre coauteurs et complices », *Rev. sc. crim.* 1948, p. 66 s. ; D. ALLIX, *Essai sur la coaction, Contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne*, Paris, LGDJ, 1976. ; P. BISWANG, *La distinction du coauteur et du complice*, thèse, Paris, 1963. ; J.-H. ROBERT, note ss Crim. 12 décembre 2001 et 8 janvier 2002, *Dr. pén.* 2002, comm. 57.

¹⁰ V. Crim. 19 janvier 1894, Bull. n° 17 ; Crim. 7 mars 1972, Bull. n° 84.

¹¹ V. Affaire « Dangeot v. R. » [1960 MR 256] ; Affaire « Essary v. R. » [1981 MR 425] ; Affaire « Ghurburn and Ors v. R. » [1990 MR 206] et plus récemment Affaire « Police v. Mohamed Ali Abdeoukader and ors » [2014 INT 312], 6 novembre 2014, cause No.850/2013.

duquel serait complice celui qui n'aurait eu l'intention que de s'associer à l'auteur principal et serait coauteur celui qui aurait eu l'intention d'accomplir l'infraction. Ce critère subjectif a été rejeté en raison des difficultés de preuve qu'il générerait. L'intérêt de la distinction réside dans le fait que, sur le plan de la répression, complice et coauteur ne sont pas toujours punis de la même façon (*v. les hypothèses de contraventions qui ne sont parfois pas punissables sur le terrain de la complicité, la complicité par aide ou assistance de contravention n'étant punissable que par exception, si un texte incriminateur le prévoit*).

Mais cela n'a pas empêché les juges français de cultiver une confusion et d'assimiler tantôt le complice à un coauteur, tantôt le coauteur à un complice. Ainsi, les magistrats font-ils du complice un coauteur pour réprimer celui qui en toute logique devrait être un complice, mais qui en tant que tel ne serait pas punissable faute d'acte principal punissable¹². La Cour de cassation refuse, le plus souvent, de censurer la décision ayant commis une confusion entre auteur et complice lorsque la peine est dite justifiée¹³ même si ce concept peut légitimement parfois laisser perplexe.

Les juges mauriciens semblent résolument plus rigoureux que leurs homologues français. Ils s'interrogent nettement sur le fait de savoir si les faits accomplis doivent être qualifiés d'infraction ou d'acte de complicité. Dans l'hypothèse où il ne serait pas possible de trancher, le défaut de qualification claire donne lieu à un acquittement du prévenu. Cette difficulté s'est parfaitement bien illustrée à la faveur d'une affaire récente concernant des pirates somaliens qui furent acquittés notamment en raison de ce qu'il n'était pas possible de déterminer si les pirates étaient des complices ou les auteurs du crime¹⁴.

Ces tâtonnements jurisprudentiels, en droit français comme en droit mauricien, masquent difficilement les insuffisances de la répression de l'instigation *via* la théorie de la complicité. Ils invitent immanquablement à envisager un autre mode de répression de l'instigateur en tant que tel, à titre autonome ce qu'à fait le législateur français.

¹² V. Crim. 19 avril 1945, S. 1945, 1, p. 82 ; CA Toulouse 8 mars 1956, *JCP G* 1956, II, 9465, *Rev. sc. crim.* 1957, p. 131, obs. A. LÉGAL ; CA Lyon, 16 février 1972, *JCP G* 1972, IV, p. 123.

¹³ V. Crim. 25 mars 1927, D. 1927, p. 288 ; Crim. 14 novembre 1940, D. 1941, p. 53 ; Crim. 5 juin 1947, *JCP G* 1947, II, 3930, note J. MAGNOL ; Crim. 29 janvier 1965, D. 1965, p. 288, note R. COMBALDIEU ; Crim. 7 mars 1972, Bull. n° 84 ; Crim. 30 janvier 1979, D. 1979, inf. rap. p. 301.

¹⁴ V. Affaire « Police v. Mohamed Ali Abdeoulkader and ors » [2014 INT 312], 6 novembre 2014, cause No.850/2013, décision s'inscrivant dans la droite ligne d'une jurisprudence établie : v. Affaire « Dangeot v. R. » [1960 MR 256] ; Affaire « Essary v. R. » [1981 MR 425] ; Affaire « Ghurburn and Ors v. R. » [1990 MR 206].

II.- La répression de l'instigation à titre autonome

Si l'idée de réprimer l'instigateur autrement que comme un complice peut séduire, une alternative s'offre. La loi peut valablement choisir d'ériger l'instigateur au rang d'auteur d'un délit autonome de provocation (A). Plus récemment, le législateur a par ailleurs consacré la notion d'auteur intellectuel d'une infraction (B). Mais il est également concevable de faire de l'instigateur un statut à part entière à côté des statuts d'auteur ou de complice, piste sur laquelle le législateur français n'a pas – encore ? – voulu s'engager (C).

A.- La répression de l'instigateur en tant qu'auteur d'un délit de provocation

Le droit français fait régulièrement des concessions ponctuelles à la théorie des délits distincts. Selon cette théorie, la complicité est considérée comme constituant une infraction autonome par rapport à l'infraction principale et la peine est déterminée de manière indépendante¹⁵. Le législateur français a parfois adopté ce système. Par exemple, le recel de choses est, depuis la loi du 22 mai 1915, constitutif d'un délit distinct, séparé – en partie, tout au moins – de l'infraction qui a pu procurer la chose recélée¹⁶. De même, certains cas de provocation ont été érigés en délits distincts¹⁷.

Ce détour par des délits distincts permet le plus souvent d'éviter une impunité en garantissant une répression dans des hypothèses où l'application de la théorie de la complicité n'aurait pas permis la répression : ainsi, les délits de provocation permettent de poursuivre et de réprimer la provocation à des agissements non incriminés par la loi¹⁸, la provocation non suivie d'effet¹⁹ ou encore l'incitation insuffisamment caractérisée pour constituer un acte de complicité punissable (*la répression devient dès lors possible en l'absence de don*,

¹⁵ Cette théorie est défendue par F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, 1872-1883, cité par VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. 1, 9^e éd., 1949, Rousseau, p. 563.

¹⁶ Art. 321-1 du Cpén. Si la loi du 22 mai 2015 a fait du recel une infraction distincte, elle n'a cependant pas rompu tous les liens qui unissaient le recel à l'infraction d'origine. Si une rupture totale exister quant à la répression, le lien subsiste quant à la constitution du recel. Le recel est une infraction de conséquence.

¹⁷ V. F. DEFFERRARD, « La provocation », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 233.

¹⁸ V. les articles 223-13 et 223-15-1 du Code pénal réprimant la provocation au suicide ; les articles 227-18 à -21 du Code pénal abordant la provocation d'un mineur à l'usage de stupéfiant, à la consommation habituelle et excessive d'alcool, à la mendicité, à commettre des crimes ou des délits, etc.

¹⁹ V. l'article 411-11 du Code pénal réprimant la provocation à la trahison ou à l'espionnage ; l'article 221-5-1 du Code pénal ayant trait à l'incitation à la commission d'un assassinat ou d'un empoisonnement encore dénommé par la doctrine « mandat criminel » (v. A. PONSEILLE, « L'incrimination du mandat criminel », *Dr. pén.* 2004, chron 10 ; l'article 414 du Code de justice militaire visant la provocation à la désertion ; l'article 433-10 du Code pénal réprimant la provocation à la rébellion ; l'article 412-8 du Code pénal appréhendant la provocation à s'armer contre l'autorité de l'État ou contre une partie de la population ; l'article 413-3 du Code pénal consacré à la provocation à la désobéissance, etc.

*promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, en se détachant de l'exigence des adminicules de l'article 223-13 du Cpén.*²⁰. Parfois, en revanche, ce système du délit distinct de provocation permet « simplement » de réprimer plus sévèrement que le juge ne pourrait le faire en application de la théorie de la complicité. Par exemple, si le vol est passible de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, le recel d'une chose volée est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. Mieux, lorsque l'infraction dont provient le bien recélé est punie d'une peine d'emprisonnement supérieure à celle que prévoit la loi en matière de recel, le receleur est passible des peines attachées à l'infraction principale (*ex : le recel d'un bien provenant de l'importation illicite de produits stupéfiants : l'importation illicite est punie de 10 ans d'emprisonnement et de 7 500 000 euros d'amende, le recel encourt ces peines*).

Avant même les interventions du législateur, le plus souvent la jurisprudence s'était manifestée pour apporter des solutions. En matière d'assassinat par exemple, il a fallu attendre la loi du 9 mars 2004 pour voir le législateur instituer le délit de provocation à l'assassinat. À vrai dire, le juge avait trouvé une parade pour pallier cette lacune illustrée par l'affaire *Lacour* en mobilisant l'incrimination de participation à une association de malfaiteurs prévue par l'article 450-1 du Code pénal²¹. Cette qualification suppose la participation d'au moins deux personnes et l'entente peut porter sur la réalisation d'un seul crime ou un seul délit. Celui qui mandate une autre personne pour assassiner quelqu'un peut voir sa responsabilité pénale engagée sur le fondement de l'article 450-1 du Code pénal. Il est dès lors possible de s'interroger sur l'intérêt du nouvel article 221-5-1, les peines étant les mêmes que celles prévues par l'article 450-1.

En droit mauricien, le législateur hésite et n'adopte pas une position très claire. Parfois, le Code pénal mauricien retient un délit distinct. En guise d'illustration, l'article 253 appréhende celui qui agit comme « complice » dans la prostitution d'une personne, celui qui tire profit de l'activité de prostitution d'une autre personne et celui qui procure une prostituée à autre personne²². Le droit mauricien ne passe plus par le truchement de la complicité pour réprimer ces comportements ce qui rappelle la position du droit français, qui fait du proxénétisme une infraction autonome²³. Le plus souvent, cependant, le droit pénal

²⁰ V. G. MÉMETEAU, « L'incitation illicite à des faits licites ou les remords du législateur », *JCP* 1976. I. 2781.

²¹ V. Crim. 30 avril 1996, Bull. n° 176, *Rev. sc. crim.* 1997, p. 113, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; Crim. 26 mai 1999, Bull. n° 103, *Rev. sc. crim.* 2000, p. 621, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

²² Article 253 du Code pénal mauricien - Procuring, enticing and exploiting prostitute : « (1) Any person who, to gratify the passions of another and for gain (a) procures, entices or leads away, for purposes of prostitution, another person ;(b) exploits, or is an accomplice in, the prostitution of another person, even with the consent of that person ;(c) draws a benefit from the prostitution of some other person, shares the earnings of, or receives subsidies from, another person who habitually indulges in prostitution, shall commit an offence ».

²³ Article 225-1 à -12 du Code pénal.

mauricien reste attaché à la dénomination de « complice » quitte à élargir le concept. Par exemple, l'article 39 du Code pénal mauricien qualifie de complice celui qui connaît les agissements criminels de personnes qui volent en bande ou qui commettent des infractions contre la sécurité de l'état²⁴. L'article 40 qualifie également de complice celui qui aurait été trouvé en possession d'articles obtenus à la suite d'une infraction et celui qui aurait reçu des articles obtenus à la suite d'une infraction²⁵. On constate une position plus en retrait du droit mauricien dès lors qu'en droit français, ces faits constituent un recel de choses, infraction autonome²⁶. De même, l'article 204 du Code qualifie de complice celui qui vend ou distribue des écrits qui incitent à commettre un crime ou un délit²⁷. En droit français, les articles 24 et 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 et d'autres textes éparés du Code pénal érigent ces faits en infractions autonomes.

Le législateur français ne s'est toutefois pas contenté de la création d'une multitude de délits de provocation. Il a plus récemment franchi un cap supplémentaire en consacrant, à côté de la notion d'auteur matériel, celle d'auteur intellectuel d'une infraction.

B.- La répression de l'instigateur en tant qu'auteur intellectuel

La réforme du Code pénal de 1994 a proposé une définition de l'auteur de l'infraction²⁸. C'est la première fois que le législateur s'est attaché à donner une définition générale de ce terme. Est donc auteur d'une infraction pénale celui qui a commis les différents éléments constitutifs de l'infraction reprochée ou, du moins, les différents éléments constitutifs de la tentative de cette infraction (énumérés par l'article 121-5 combiné avec le texte incriminateur). Il existe néanmoins plusieurs types d'auteurs selon le contenu du texte d'incrimination. La loi distingue l'auteur matériel de l'auteur intellectuel. Cette distinction concerne les infractions

²⁴ Article 39 du Code pénal mauricien - Harboursing offenders : « *Any person who knows of the criminal conduct of offenders plundering in bands or committing outrages against the safety of the State, the public peace, persons, or property, habitually provides them with lodging, a place of retreat or of meeting, shall be punished as an accomplice* ».

²⁵ Article 40 du Code pénal mauricien - Possession of property obtained unlawfully : « *Any person who knowingly receives, in whole or in part, or who without sufficient excuse or justification, is found to have in his possession, articles carried off, abstracted or obtained by means of a crime or misdemeanour shall be deemed to be an accomplice in the crime or misdemeanour* ».

²⁶ Art. 321-1 du Code pén. français.

²⁷ Article 204 du Code pénal mauricien - Publishing matter conducive to crime : « *(1) Where the manuscript or printed writing contains any instigation to a crime or a misdemeanour, the crier, bill sticker, vendor or distributor shall be punished as the accomplice of the instigator, unless such crier, bill sticker, vendor or distributor makes known the person from whom he has received the manuscript or printed writing containing such instigation. (2) Where such disclosure is made, the crier, bill sticker, vendor, or distributor shall only be liable to imprisonment for a term not exceeding one year, and the punishment for being an accomplice shall only apply to those who have not made known the persons from whom they received the manuscript or printed writing, and also to the printer, where he is known* ».

²⁸ V. article 121-4 du Code pénal.

intentionnelles. Parfois, le Code pénal incrimine le fait pour une personne – appelée auteur intellectuel ou moral – de faire commettre le ou les élément(s) matériel(s) de l'infraction par une autre personne appelée auteur matériel. L'auteur intellectuel n'agit pas lui-même, il recourt aux services d'un tiers. Dans ces hypothèses, le législateur fait du provocateur l'auteur même de l'infraction. Ainsi certains textes répriment-ils « *ceux qui commettent ou font commettre* »²⁹.

Les actes commis par l'auteur matériel sont réprimés en eux-mêmes, indépendamment de ceux de l'auteur intellectuel (et parfois par un autre texte). L'auteur matériel n'est pas forcément un simple exécutant. En réalité, trois hypothèses peuvent se présenter. L'individu doit avoir une intention criminelle propre pour pouvoir être puni comme auteur : son comportement est intentionnel, il constitue une infraction pénale distincte de celle reprochée à l'auteur intellectuel. En revanche, s'il se trouve qu'il n'a pas eu véritablement l'intention de commettre de l'infraction, mais simplement la conscience de participer à l'infraction projetée par autrui (l'auteur intellectuel), ses actes seront réprimés sur le terrain de la complicité (complicité par aide ou assistance). Enfin, si cette conscience n'existe même pas, il est exonéré de toute responsabilité, sauf à pouvoir lui reprocher une imprudence.

Les actes de l'auteur intellectuel pourraient très bien, eux aussi, être réprimés sur le terrain de la complicité de l'acte accompli par l'auteur matériel (*par exemple, la personne qui fait commettre un génocide – l'auteur intellectuel – pourrait parfaitement être considérée comme le complice par instruction de celle qui commet les actes de génocide – l'auteur matériel*). Ils pourraient également être appréhendés par un nième délit de provocation. Le législateur français prévoit cependant des textes particuliers pour réprimer certains auteurs intellectuels afin de stigmatiser la criminalité de cet auteur intellectuel en considérant qu'elle mérite une répression propre, et pas seulement par le biais indirect de la théorie de la complicité. Bien souvent, d'ailleurs, les peines encourues par l'auteur intellectuel de l'infraction sont plus graves que celles encourues par l'auteur matériel³⁰. Par ailleurs, le détour par la théorie de la complicité exige – comme rappelé précédemment – la satisfaction des conditions de répression de la complicité. Réprimer l'auteur intellectuel de manière autonome permet de se détacher de ces conditions.

Les expressions « auteur matériel » et « auteur intellectuel » sont finalement trompeuses. Elles sous-entendent que l'auteur matériel n'aurait aucune intention

²⁹ V. notamment Code pénal, article 211-1 relatif au génocide : « *le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction [...] d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre [auteur matériel] ou de faire commettre [auteur intellectuel], à l'encontre des membres de ce groupe, l'un des actes suivants : atteinte volontaire à la vie [...]* » ; article 223-8 relatif à la recherche biomédicale sans consentement libre et éclairé, etc.

³⁰ Par exemple, en matière de trafic de stupéfiants, l'auteur intellectuel est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et les auteurs matériels, de peines d'emprisonnement ou de peines de réclusion criminelle à temps.

particulière et que l'auteur intellectuel ne commettrait aucun acte matériel – ce qui est faux. L'auteur matériel a bien l'intention de commettre l'infraction et l'auteur intellectuel commet bel et bien des actes matériels, des actes qui consistent à faire commettre l'infraction par autrui (fourniture de moyens ou d'instructions, etc.). La distinction auteur matériel/auteur intellectuel laisse entrevoir qu'au-delà de la définition générale de l'auteur de l'infraction, la notion d'auteur peut s'appliquer à des situations « criminologiques » diverses et variées, situations prises en compte par le droit pénal.

La démarche du législateur français qui incrimine les auteurs intellectuels pourrait sans doute être repensée : plutôt qu'incriminer au cas par cas des auteurs intellectuels pour certaines infractions, le droit français pourrait prévoir de manière globale que, pour toute infraction, l'auteur s'entend non seulement de l'auteur matériel, mais également de l'auteur intellectuel.

Dans la plupart des législations étrangères, l'instigateur d'une infraction est puni comme auteur principal. Il en est par exemple dans le Code pénal finlandais où « *celui qui aura amené autrui à commettre une infraction sera puni, en tant qu'instigateur, comme s'il était l'auteur principal* »³¹. C'est également le cas au Portugal³² ou au Japon³³. Ces exemples ne doivent cependant pas masquer une certaine ambiguïté : être puni comme auteur principal ne signifie pas que l'on soit considéré comme tel. Il peut ne s'agir que d'une simple application de la théorie de l'emprunt de pénalité. D'ailleurs, certaines législations considèrent que le complice ne peut être frappé que d'une peine atténuée³⁴ ce qui prouve bien que le complice n'est pas placé sur le même plan que l'auteur³⁵. Une prise de position claire du droit mauricien sur cette question serait la bienvenue.

Cette qualification d'auteur principal peut paraître étrange, car l'instigateur n'est pas celui qui commet matériellement l'acte, mais celui qui l'initie. En effet, en droit pénal français, l'auteur principal est la personne à qui peut être imputée la commission d'une infraction pour en avoir personnellement réalisé les éléments constitutifs, c'est-à-dire l'élément matériel et l'élément moral. Or l'instigateur ne réalise que l'élément moral, il ne peut donc pas, en France, être condamné comme auteur principal. Les seules hypothèses dans lesquelles l'instigateur mérite, à notre sens, la qualification d'auteur sont celles de l'incrimination de l'auteur intellectuel

³¹ V. Article 1^{er} du Code pénal de Finlande de 1889.

³² Article 171 du Code pénal du Portugal de 1886 : « *Si l'instigation est suivie d'effet, l'instigateur sera puni comme un auteur principal* ».

³³ Article 61 du Code pénal du Japon : « *Une personne qui en incite une autre de commettre une infraction sera condamnée en tant qu'auteur principal. Il en ira de même pour la personne qui aura poussé un intermédiaire à inciter un tiers* ».

³⁴ V. Article 69 Code pénal belge ; Art. 47 Code pén. grec ; Code pénal espagnol ; Code pénal de Chine ; V. S. FOURNIER, « Complicité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2013, § 5.

³⁵ Ex : article 29 du Code pénal de Chine : « *Une personne qui en incite d'autres à commettre un crime sera punie selon le rôle qu'elle a joué dans le crime commun. Celui qui incite une personne âgée de moins de dix-huit ans à commettre un crime se verra infliger une punition plus lourde* ».

de l'infraction par le texte incriminateur ou de la création d'un délit de provocation (mais, dans ce dernier cas, l'instigateur n'est pas auteur principal de l'infraction qu'il projette, mais du délit de provocation à cette infraction).

C.- La proposition audacieuse de création d'un statut d'instigateur

Il avait été fortement question, à l'occasion de différentes tentatives de réforme du Code pénal français, de faire de l'instigation une infraction autonome punissable. Plusieurs avant-projets s'étaient exprimés en ce sens³⁶. De nombreuses réflexions doctrinales semblaient converger vers l'idée d'une nécessaire répression plus originale pour l'instigateur³⁷.

Le projet de réforme du Code pénal français énonçait qu'« *est instigateur et puni comme auteur celui qui provoque directement à la commission d'un crime ou d'un délit lorsque cette provocation n'est pas suivie d'effet en raison de circonstances indépendantes de sa volonté* ». Un relatif consensus semblait se réaliser autour de ce texte. Cependant, les débats parlementaires de l'époque avaient mis en lumière les difficultés que n'aurait pas manqué de soulever ce texte et tout particulièrement le danger qu'il aurait fait peser sur les libertés individuelles du fait de la trop grande latitude laissée au juge dans l'appréciation de la provocation. Le maintien du *statu quo* a donc été préféré, la provocation demeurant un cas de complicité.

Il apparaît cependant que la définition avancée était relativement claire. L'avantage de cette proposition est qu'elle garantit la possibilité d'un désistement volontaire de l'intéressé, auteur d'une instigation, tout en opérant un parallèle avec le raisonnement mené en matière de tentative pour lui permettre de se raviser.

Par ailleurs, l'intérêt de la création d'un statut de l'instigateur est qu'il permettrait de réprimer les instigateurs par catégories génériques (instigateur de délits/instigateur de crimes) et éviterait des prévisions au cas par cas³⁸. La question de la répression de l'instigation en matière contraventionnelle aurait naturellement pu être discutée sans qu'elle ne doive, de toute façon, générer de sanction lourde.

D'autres choix de définition de l'instigateur ont cependant pu être effectués par d'autres états ce qui peut constituer une source d'inspiration. Ainsi, le droit pénal hongrois (en son Code de 1878) divisait les délinquants en auteurs,

³⁶ V. Commission de révision du Code pénal, *Avant-projet définitif de Code pénal*, livre 1, La documentation française, Paris, 1978, article 31 ; *Avant-projet du Code pénal de 1983*, article 26 ; *Projet du nouveau Code pénal de 1986*, article 121-6.

³⁷ V. A. POCHON, *L'auteur moral de l'infraction : la responsabilité pénale de l'instigateur*, Thèse Caen, 1945 ; J. DUPUY, *La provocation en droit pénal*, Thèse Limoges, 1978 ; B. FILLON, *La responsabilité pénale de l'instigateur*, Thèse Paris II, 1979 ; J. LÉAUTÉ, « Coactivité, complicité et provocation en droit français », *Rev. pén. suisse* 1947, p. 1 s. ; S. MARTIN-VALENTE, *La provocation en droit pénal*, Thèse Université Jean Monnet Paris-Sud, 2002.

³⁸ V. S. FOURNIER, « Complicité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2013, § 11.

coauteurs, instigateurs ou assistants ; les instigateurs étant définis comme « *ceux qui provoquent intentionnellement un autre à commettre un crime ou délit, qu'il soit exécuté ou non* »³⁹. On notera l'emploi du terme « intentionnellement » qui n'était pas retenu par le projet français. Certes, l'idée même de provocation induit une volonté de l'auteur, mais la volonté n'est cependant pas rigoureusement synonyme de l'intention, cette dernière impliquant en outre l'idée de conscience. Le caractère intentionnel semble donc intéressant à retenir au titre de la définition de l'instigation. On remarquera également que, dans les textes qui ont suivi le Code hongrois de 1878, la précision « *qu'il soit exécuté ou non* » a disparu. Cela conduit à observer que dans la proposition qui était faite par la doctrine française, à l'inverse du choix opéré par d'autres systèmes juridiques, dans l'hypothèse de la consommation de l'infraction projetée, la répression aurait continué à s'opérer *via* la théorie de la complicité. Cette option semblait satisfaisante et il est dommageable qu'elle n'ait pas prospéré plus en amont.

La loi française fait du provocateur un complice à certaines conditions, tout en apportant certaines exceptions aux règles édictées. Le régime de l'instigation est donc éclaté et relativement complexe. Les textes qui s'y rapportent sont nombreux et ne cessent de se diversifier sans parvenir à une répression optimale. Sans doute le droit mauricien pourrait-il faire le choix d'une plus grande cohérence en la matière.

³⁹ V. A. MESZAROS, « La complicité en droit pénal hongrois », *RSCrim.* 2005, pp. 265 s.

Colloque

La justice restaurative

*Colloque organisé par le Service Pénitentiaire de Probation et d'Insertion
Faculté de droit et d'économie de l'Université de La Réunion, 23 et 24 avril 2015*

LA JUSTICE RESTAURATIVE : FAIRE JUSTICE AUTREMENT

Robert CARIO, *La justice restaurative dans le monde... et en France*

Robert CARIO, *La consécration de la justice restaurative : l'article 10-1 du Code de procédure pénale introduit par la réforme pénale du 15 août 2014*

REGARDS CROISÉS QUÉBEC/FRANCE

Paul MBAMZOULOU, *Les expérimentations des rencontres personnes détenues-victimes à la Maison centrale de Poissy*

MISE EN OEUVRE DE LA JUSTICE RESTAURATIVE EN FRANCE

Noémie MICOULET et Aude LE ROUÉ, *Les conditions préalables à la mise en oeuvre de la justice restaurative suite à la réforme pénale de 2014*

Noémie MICOULET et Aude LE ROUÉ, *L'expérimentation des rencontres condamnés-victimes en milieu ouvert menée par l'APCARS et par la SPIP du Val d'Oise*

LES CERCLES DE SOUTIEN ET DE RESPONSABILITÉ

Jean-Jacques GOULET, *Les cercles de soutien et de responsabilité : une autre approche de la justice restaurative* (non reproduit mais document numérique accessible sur www.lexoi.fr)

Colloque

DROIT PÉNAL - CRIMINOLOGIE

La justice restaurative dans le monde... et en France

Robert CARIO

*Professeur émérite de criminologie - Université de Pau et des Pays de l'Adour
Président de l'Institut Français pour la Justice Restaurative*

Résumé :

Continuation de pratiques ancestrales, assez universelles, de régulation des conflits de nature criminelle, la justice restaurative a été (ré)inventée à la fin des années 70 dans les pays anglo-saxons. Plus timidement, elle a fait son apparition en France au début des années 80 au travers de la médiation pénale. Elle connaît, enfin, une consécration au travers de dispositions spécifiques de la Loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

Summary :

Invented in the 70s in Anglo-Saxon countries, restaurative justice is the continuation of rather universal ancestral criminal conflicts resolution practices. It timidly appeared in France in the beginning of the 80s through criminal mediation. It finally got consecrated by the 15 August 2014 law on the individualization of sentences and strengthening the efficiency of criminal sanctions.

La crise des systèmes de justice pénale contemporains, un peu partout dans le monde, rendait inévitable ce retour aux sources, enrichies naturellement par le respect des droits humains fondamentaux et des principes fondateurs du droit criminel. Inflation pénale galopante, déni de justice au travers du taux inacceptable de classements sans suite, recours phagocytaire aux alternatives aux poursuites, durée infinie des procédures, augmentation excessive des très courts temps pénitentiaires, multiplication et allongement inconsiderés des périodes de sûreté, densité carcérale intenable conduisant à des traitements régulièrement considérés comme humiliants et dégradants par le Comité européen pour la prévention de la torture, notamment, attestent la réalité d'une telle crise, en France pour le moins. Certes, ce constat, dont le diagnostic est bien établi, peut conduire à des interprétations différentes. Mais il demeure que le populisme ambiant, acteur inconséquent d'une telle crise, conduit à punir des comportements de faible gravité par les peines les plus lourdes, à appauvrir, voire désarmer, les pratiques pénitentiaires dont la fonction de resocialisation est la seule digne d'un État de droit.

Une telle ambition punitive n'a de sens pour personne : infracteurs, victimes, proches, communautés d'appartenance, société civile se déclarent en effet massivement insatisfaits des réponses actuelles au phénomène criminel. Convient-il de rappeler que la mission prioritaire des politiques criminelles est la prévention, notamment précoce, dont les résultats scientifiquement évalués sont implacables en termes de coût/efficacité : un euro investi offre en retour une économie à plus ou moins terme, selon les programmes, de six à douze euros. Ce n'est qu'en cas d'échec des politiques criminelles préventives que répression et traitement doivent être activés, mais en favorisant le plus possible les peines en milieu ouvert qui coûtent, selon les dispositifs, de trois à quatre fois moins cher au citoyen contribuable.

Sans ignorer le risque de son instrumentalisation au regard des logiques répressives qui dominent notre système de justice, la justice restaurative peut apporter un complément très prometteur d'équité à la réponse strictement juridico-pénale, massivement orientée vers le passé de l'acte commis.

I.- La justice restaurative dans le monde

Contrairement au procès pénal (au déroulé vertical, généralement confiscatoire de la parole des protagonistes mêmes, trop souvent passifs), le processus restauratif, sans empiéter sur les prérogatives des acteurs de la chaîne pénale, offre une dynamique intégrative à ceux qui souhaitent personnellement apporter des réponses aux répercussions du crime.

A.- Définition(s) de la justice restaurative

De nombreuses définitions de la justice restaurative sont communément proposées. D'une manière simplement synthétique, elle suppose la participation volontaire de tous ceux qui s'estiment concernés par le conflit de nature criminelle, afin de négocier, ensemble, par une participation active, en la présence et sous le contrôle d'un « tiers justice » et avec l'accompagnement éventuel d'un « tiers psychologique et/ou social », les solutions les meilleures pour chacun, de nature à conduire, par la responsabilisation des acteurs, à la réparation de tous afin de restaurer, plus globalement, l'harmonie sociale.

Comme souligné précédemment, la justice restaurative ne s'inscrit pas en opposition avec le système de justice pénale, mais en complémentarité avec ses missions régaliennes. Ayant le souci de tous, elle n'est donc pas spécialement dédiée aux victimes. Elle n'est soumise à aucun dogme religieux et les valeurs spirituelles qui l'animent appartiennent à quiconque se sent lié à notre humanité, en toute laïcité. Dans ce même esprit, elle n'est pas tournée vers le pardon, celui-ci demeurant à l'appréciation libre et intime des intéressés. Enfin et pour l'essentiel, la justice restaurative n'a aucune ambition thérapeutique, pas davantage que le procès pénal.

B.- Les mesures de justice restaurative

Les mesures de justice restaurative sont nombreuses et peuvent être mises en place autant dans le cadre de la prévention que dans ceux de la répression (procès pénal) ou du traitement (exécution des peines).

La médiation victime – infracteur offre aux intéressés l'opportunité d'une rencontre volontaire afin qu'ils discutent des caractéristiques, des conséquences et des répercussions du conflit de nature pénale qui les oppose, quelle que soit la gravité du crime. Le but de la médiation victime/infracteur est, tout d'abord, de rendre possible une telle rencontre ; d'encourager, ensuite, l'auteur à mesurer l'impact humain, social et/ou matériel de son action et d'en assumer la responsabilité ; de conduire encore chacun à reconsidérer le point de vue de l'autre et à en tenir davantage compte ; d'amener, enfin et principalement, les intéressés à envisager les contours de la réparation de tous les préjudices causés.

La conférence restaurative (adaptation de la conférence du groupe familial) poursuit les mêmes objectifs que les médiations victime/infracteur, mais réunit un nombre plus diversifié de participants autour de l'infracteur, de la victime et du médiateur/facilitateur. Se joignent à eux toutes les personnes ou institutions ayant intérêt à la régulation du conflit et/ou susceptibles d'apporter un support quelconque aux protagonistes directs. La conférence permet d'envisager ainsi, en présence du juge, les caractéristiques du soutien que l'environnement familial ou social est susceptible d'apporter aux intéressés en vue de les aider à retrouver leur place au sein de la communauté.

Le cercle de détermination de la peine s'élargit à tous les membres de la communauté qui souhaitent y participer. Ils permettent à chacun de s'exprimer sur les conditions de l'émergence du conflit et ses conséquences afin d'envisager une résolution qui prenne en compte les intérêts de tous et consolide les valeurs communes de la collectivité concernée (aux quatre plans affectif, physique, psychologique et spirituel).

Les rencontres détenus (ou condamnés) – victimes peuvent être offertes à un groupe de condamnés (à une peine privative de liberté ou exécutée au sein de la communauté) et à un groupe de victimes (trois à cinq personnes respectivement), ne se connaissant nullement. À côté des animateurs, au nombre de deux, la présence de deux représentants de la société civile est requise, avec le souci d'un réel équilibre entre les genres. De telles rencontres n'ont pas véritablement les mêmes ambitions que les mesures précédentes dans la mesure où la sanction, prononcée, est en cours d'exécution et la victime indemnisée. Ce que les uns et les autres viennent chercher se trouve situé sur un autre registre, plus symbolique, mais pour autant susceptible d'être fortement réparateur : la libération des émotions négatives consécutives au crime qui continuent de les submerger, à défaut d'avoir été effectivement prises en compte par les professionnels jusqu'alors investis dans le procès pénal.

Le Cercle de soutien et de responsabilité (CSR, réservé aux violences sexuelles) ou le Cercle d'accompagnement et de ressources (CAR, envisageable pour toutes les autres violences criminelles), sur proposition du coordonnateur, après accord du détenu et vérification de l'éligibilité de son cas, est mis en place, avant la sortie de prison. De manière particulièrement attentive et assidue, des membres bénévoles de la communauté (de 3 à 5 généralement, spécialement recrutés et formés) (constituant le cercle intérieur ou d'accompagnement) rencontrent le condamné (« coremember » ou « participant principal ») et décident, ou non, de s'engager dans le cercle. Sous le contrôle et l'appui de professionnels, également bénévoles (psychologues, policiers, agents pénitentiaires, travailleurs sociaux notamment) (constituant le cercle extérieur ou ressources), des rencontres hebdomadaires, voire plus fréquentes dans les semaines suivant la sortie, ont lieu entre les bénévoles et la personne libérée.

C.- Mise en œuvre et évaluation des mesures de justice restaurative

Ces mesures de justice restaurative se déroulent selon un protocole assez proche, à deux conditions préalables pour toutes : que l'ensemble du processus soit maîtrisé par d'authentiques professionnels spécialement formés selon les mesures et les rôles qu'ils/elles y tiennent ; que la préparation des personnes et l'élaboration des modalités concrètes de la mesure soient des plus abouties.

Cinq phases sont généralement identifiées, avec des variations parfois importantes selon que la mesure est retenue dans le pré- ou le post-sententiel notamment :

- 1) examen de l'éligibilité de l'affaire à une mesure restaurative particulière par l'autorité judiciaire compétente, le médiateur et/ou l'animateur ;
- 2) préparation des protagonistes volontaires de la mesure envisagée (victimes, infracteurs et/ou proches). Le médiateur (au sens large) les rencontre séparément (et ensuite par groupe selon les mesures) en vue de constater leur consentement, leurs réelles motivations, leurs aptitudes psychologiques à tirer profit de la mesure, dans le but de vérifier que la participation au processus restauratif n'aggraverait pas l'ampleur de leurs souffrances ;
- 3) rencontre entre la victime et l'infracteur (ou dans un groupe élargi, plus ou moins anonyme selon les cas), de manière telle que la sécurité physique et psychologique des personnes soit assurée. Le cadre et les objectifs de la mesure retenue rappelés, le médiateur/animateur invite les parties à s'exprimer sur les circonstances ayant conduit à la cristallisation du conflit par le passage à l'acte infractionnel, leurs ressentis et émotions corrélatifs ainsi que sur les actions envisagées pour en réparer les répercussions, selon la nature de la mesure et le stade processuel de son exécution ;
- 4) signature d'un éventuel protocole d'accord (après consultation le cas échéant de leurs conseils respectifs) qui, après la validation, selon les législations, de l'autorité judiciaire mandante ;

5) est mis en œuvre sous le contrôle du médiateur/animateur et/ou, le cas échéant, des personnes s'y étant engagées, ou non, dans le cadre des rencontres post-sententielles.

En complément du règlement des conséquences directes du crime, en termes de sanctions et/ou réparations indemnitaires à venir ou de celles issues du jugement définitif, les parties peuvent négocier, lorsque la mesure restaurative choisie le prévoit, des accords particuliers. Ils dépendent étroitement du contexte criminel, de l'infracteur, de la victime et, plus généralement, des personnes concernées par le crime et impliquées dans la mesure de justice restaurative. Au travers des échanges que permettent les mesures mises en œuvre, les questions du « pourquoi » et du « comment » sont discutées. Elles sont essentielles pour les victimes et leurs proches, de même que pour les proches de l'infracteur et l'infracteur lui-même, en termes de responsabilisation relativement aux réalités concrètes des victimisations consécutives à son acte. Les solutions les meilleures sont négociées afin de réguler, de manière très pragmatique, les aspects de la vie quotidienne, fortement perturbée par le crime, tant au plan familial que social, d'autant plus que les actes graves se déroulent entre personnes qui se connaissent dans la très grande majorité des cas (famille, lieu de travail). La sincérité de l'infracteur rend accessibles aux victimes les excuses sous forme diverses, de nature à favoriser la reconquête de l'estime de soi et la reconnaissance réciproque de sa dignité de personne. Les accords sont dans la plupart des cas exécutés grâce à la qualité du support que les proches ou les membres de la communauté se sont engagés à apporter. C'est en toutes ces caractéristiques, novatrices sans être originales, que réside la richesse et la finesse des rencontres restauratives.

La satisfaction des intéressés ayant bénéficié de l'une des mesures restauratives précitées est réelle. Évalués scientifiquement, les sentiments des protagonistes convergent : avoir obtenu justice, ressentir un apaisement physique, psychique, voire psychosomatique, notamment. La reconnaissance offerte par le processus restauratif est soulignée par tous comme la condition d'un possible retour (ou sa consolidation) parmi les autres êtres humains, car avoir la chance de pouvoir donner son point de vue est réparateur, quelle que soit la gravité du crime. Magistrats et acteurs sociojudiciaires considèrent que la complémentarité entre les mesures de justice restaurative et celle de la justice pénale est parfaitement viable, vectrice d'humanisation, facteur de gain de temps pour tous. Ainsi socialisé, le désir de « vengeance vindicative et destructrice » s'estompe pour laisser place au partage, à la réciprocité, à l'intercompréhension, à la vengeance vindicatoire qui rend à nouveau actif, qui permet de reprendre le pouvoir sur sa vie. La peur du crime, comme expérience vécue, s'estompe à l'écoute des infracteurs, de la sincérité de leurs regrets et de leurs engagements pour l'avenir.

Des coûts judiciaires, sanitaires et sociaux sont ainsi incontestablement épargnés. Il importe encore de remarquer – et ce n'est pas le moins important – que le taux de récidive est bien moins élevé, grâce à la responsabilisation subséquente du condamné. Prenant conscience qu'il appartient à la communauté, prête à l'accueillir après s'être acquitté de ses obligations, il mesure clairement que c'est l'acte qu'il a commis qui est stigmatisé comme inacceptable, alors que lui-même demeure une personne, ayant toute sa place parmi les autres êtres humains.

II.- La justice restaurative en France

Après une relative frilosité au cours des dernières décennies, la justice restaurative s'inscrit aujourd'hui pleinement dans l'arsenal législatif français. Aux belles prémisses mises en œuvre à titre expérimental au milieu des années 1980 s'ajoute désormais tout l'éventail des mesures que la justice restaurative promeut, à tous les stades de la procédure pénale, y compris lors de l'application des peines.

A.- Les balbutiements de la justice restaurative

Deux principales mesures tendent à s'inscrire actuellement dans la philosophie de la justice restaurative : la médiation pénale et la réparation pénale à l'égard des mineurs. Des expérimentations sont en cours en matière de Rencontres détenus-victimes ainsi que de médiation post-sentencielle au bénéfice des adultes.

Les rencontres de type « médiation entre infracteur et victime », en face à face, sont à l'œuvre en France depuis la Loi du 4 janvier 1993. Selon les statistiques officielles disponibles, leur nombre est en baisse constante. Concernant les majeurs, il s'agit de la médiation pénale, prévue à l'art. 41-1-5° du Code de procédure pénale, au seul stade des poursuites. Dans une moindre mesure, en ce qui concerne les mineurs, l'article 12-1 de l'Ordonnance du 2 février 1945 prévoit le recours, à tous les stades de la procédure cette fois, à une mesure ou une activité d'aide ou de réparation à l'égard de la victime ou dans l'intérêt de la collectivité.

Ces deux dispositifs s'inspirent assez directement pour les majeurs et plus aléatoirement pour les mineurs de la justice restaurative. Cependant, dans le premier cas, les trois objectifs de la justice restaurative que sont la réinsertion sociale de l'infracteur, la réparation de la victime et le rétablissement de la paix sociale sont simplement alternatifs depuis 1999. De manière plus discutable encore, l'initiative de la mesure est abandonnée à la seule appréciation de la victime, depuis 2010. Dans le second cas, si la mesure de réparation vise la victime, cette dernière y est rarement associée dans les faits.

Il n'est pas indifférent de préciser qu'au stade préalable aux poursuites, ces deux mesures heurtent des principes fondamentaux de procédure criminelle : présomption d'innocence, séparation des fonctions judiciaires, égalité d'accès devant le juge, règle « *non bis in idem* », publicité des débats, principalement. La possibilité de recourir dorénavant, grâce à la Loi du 15 août 2014, à tous les stades de la procédure, à une rencontre restaurative – dont la médiation fait partie – constitue une évolution substantielle dans le respect de ceux-ci.

Très récemment, pour pallier les insuffisances – en nature et en diversité – des mesures de médiation pénale et de réparation, de belles expérimentations se sont développées dans notre pays, formellement organisées par des professionnels du travail social (au sens large). La première expérimentation a eu lieu en 2010 à Poissy, dans le

cadre d'une session de Rencontres détenus-victimes (RDV), associant l'Institut national d'aide aux victimes et de médiation (INAVEM), la Maison centrale de Poissy, le Service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP) des Yvelines, l'École nationale d'administration pénitentiaire (ENAP) et l'Institut français pour la justice restaurative (IFJR). Elles ont concerné trois victimes et trois détenus, ne se connaissant nullement, mais réunis en tenant compte de la similitude des actes commis par les uns et ceux subis par les autres. La seconde expérimentation s'est inscrite dans le cadre de « cercles de soutien et de responsabilité », mis en place par le SPIP des Yvelines début 2014. Plusieurs autres Rencontres restauratives sont programmées en 2015 : Rencontres condamnés-victimes en milieu ouvert à Pontoise (RCV) ; en milieu fermé (RDV) à Poissy, Lyon, Marseille, Montpellier, Pau, La Réunion, La Martinique ; Cercles de soutien et de responsabilité (CSR) à Bordeaux et Dax. Des expérimentations en médiation restaurative (MR) devraient voir le jour au sein du Tribunal de Grande Instance de Pau, après poursuites et lors de l'application des peines, notamment... Les innovations législatives de 2014 vont, à coup sûr, en assurer la généralisation et la pérennisation.

B.- La consécration de la justice restaurative

Les multiples et perspicaces actions menées par ces précurseurs, ainsi que par la Plateforme française pour la justice restaurative (justicere Restaurative.org) ont, sans aucun doute, incité, avec d'autres acteurs institutionnels évidemment, le législateur à consacrer la justice restaurative dans le droit criminel positif. En une place très symbolique : au sein de la partie législative du Code de procédure pénale, en Sous-titre II du Titre préliminaire consacré aux « Dispositions générales ».

En ce sens, l'article 8 de la Loi n° 2014-896 du 15 août 2014, relative à l'individualisation des peines, et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, élaborée à partir des travaux de la Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, lui dédie un nouvel article 10-1, applicable depuis le 1^{er} octobre 2014.

« À l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative.

Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission. Cette mesure ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet et ont consenti expressément à y participer. Elle est mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire. Elle est confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de

prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République ».

De manière inégalée jusqu'alors, la participation à une mesure (plus génériquement à une rencontre) restaurative peut être proposée (quel que soit leur statut) aux victimes et aux auteurs d'infractions pénales tout au long du processus pénal. Il s'agit même d'un droit pour la victime lors de l'exécution des peines (article 707-IV, 2° du Code de procédure pénale), toutes les infractions sont concernées, l'évaluation scientifique démontrant de surcroît que plus les faits sont graves, plus le cheminement vers l'apaisement de chaque participant est important. Tout comme l'efficacité restaurative du seul « processus », indépendamment du « résultat » (la rencontre, pour autant qu'elle soit souhaitée).

Elle vise à offrir une part active dans la « résolution » des difficultés résultant de l'infraction, en d'autres termes conduire à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission. S'il revient au seul juge pénal de déterminer la nature, le quantum et le régime de la sanction, les participants sont dorénavant susceptibles de négocier la diversité et les caractéristiques des réparations. La présence de professionnel (le)s apparaît inévitable, autant pour éviter toute forme de victimisation secondaire des intéressés, d'instrumentalisation des mesures de justice restaurative, que de dérives dans l'appréciation des préjudices et des modalités de leur réparation. En effet, à côté des éventuelles indemnisations d'ordre pécuniaire quant aux conséquences du crime, d'autres types de réparation peuvent également concourir à la régulation de ses répercussions d'ordre personnel, familial, professionnel, relationnel, culturel et plus largement social.

C. L'opérationnalisation d'une rencontre restaurative

Impliquant en première intention la victime et l'infacteur (et, selon les mesures, leurs proches, ainsi que des membres volontaires de leur-s- communauté-s-d'appartenance), les mesures de justice restaurative se démarquent pertinemment de la tendance qui affecte, de manière durable et regrettable, les conditions du recours à la médiation pénale, n'exigeant plus que le seul accord de la victime. Dorénavant, les personnes qui ont choisi, au cours des entretiens préparatoires avec le professionnel dédié, de s'investir dans une rencontre restaurative en sont les acteurs primordiaux : lors de la définition des modalités pratiques de la rencontre (phase de préparation), lors du choix des thèmes abordés, du contenu et des caractéristiques des échanges (phase de rencontre), lors de la négociation éventuelle sur la nature et les modalités pratiques de réalisation de leurs engagements réciproques (phase de conclusion de l'accord restauratif) et lors de l'élaboration du suivi des engagements de chacun (phase de clôture).

Parce que les participants sont considérés comme compétents pour réguler leurs propres affaires, en présence et avec l'accompagnement des professionnels formés (au

sens large), les mesures restauratives apportent, au sein du procès pénal, un espace sécurisé de parole, de dialogue. Identifier et exprimer les souffrances subies par chacun, favoriser la compréhension mutuelle de ce qui s'est passé (pourquoi ?) et rechercher ensemble des solutions disponibles pour y remédier (comment ?) conduit bien plus effectivement à la restauration la plus complète des personnes.

Mais pour que l'Œuvre de justice s'accomplisse dans le respect des droits humains et des principes de droit criminel, l'article 10-1 du Code de procédure pénale impose une série de garanties conditionnant le recours à une mesure de justice restaurative. L'exigence de la reconnaissance des faits par tous est formelle. Elle ne doit toutefois pas être assimilée à un aveu ou à une auto-incrimination, mais à une absence de dénégation. La généralisation de la césure du procès pénal, conduisant au prononcé rapide d'une décision sur la culpabilité de la personne poursuivie, réclamée de longue date par les pénalistes, aurait permis de lever toutes les résistances relatives au respect de la présomption d'innocence dès le stade de l'instruction. Logiquement, une information complète sur la mesure envisagée doit être donnée aux participants éventuels : déroulement du processus et garanties dont ils disposent ; suites envisageables ; bienfaits susceptibles d'en être retirés et limites de leur participation. Le consentement exprès des participants à la mesure restaurative choisie, essentielle à son bon déroulement, est le gage de leur participation active. Constant tout au long du déroulement de la mesure, il est révocable à tout moment.

Le respect de telles conditions, non négociables, exige que leur recueil soit effectué par un tiers indépendant formé à cet effet. Une telle formation ne s'improvise pas. Pour devoir posséder de solides connaissances disciplinaires propres, professionnels et bénévoles de la médiation/animation devront encore compléter leur formation de base par l'acquisition de connaissances sur les techniques d'écoute et d'entretien, l'animation de groupe, la spécificité des protocoles de mise en place et de suivi des mesures restauratives. L'IFJR, en partenariat avec l'INAVEM, a commencé à offrir de telles formations, pour la plupart des mesures éligibles, spécialement adaptées aux médiateurs/animateurs ou aux représentants bénévoles de la communauté. Il est dommage que l'Université ne puisse pas les assurer, avec les compétences théoriques, pédagogiques et praxéologiques qui s'imposent naturellement. Mais, à ce jour, toute velléité d'embrasser ces métiers de la criminologie, au sens large, se heurte à l'anachronique résistance des filières « intradisciplinaires », n'hésitant même plus à s'autodéclarer performantes pour l'étude du très complexe – transdisciplinaire par définition – phénomène criminel. L'animateur de la rencontre, en charge également de la préparation des participants, est le garant de son cadre et de son déroulement équitable, digne et respectueux de chacun. Son indépendance se manifeste vis-à-vis des participants : co-partialité paradoxale et neutralité bienveillante. Elle provient encore de la gratuité de la mesure. Il demeure tout autant indépendant de l'institution judiciaire ou des administrations mandantes.

Le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'Administration pénitentiaire consiste en la vérification du respect des principes généraux du droit criminel, des droits et intérêts des participants tout au long du

processus restauratif : atteintes au déroulement formel du processus ; manquements à la déontologie de la part de l'animateur faisant grief à un participant ; homologation – voire intégration dans la décision au fond – du protocole d'accord ; contenu de l'accord, principalement.

Un tel contrôle se heurte cependant au respect du principe de confidentialité, ne supportant aucune autre restriction, sauf « *accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions* » commises, dont la commission est en cours ou sur le point de l'être et présentant un danger pour les personnes. Le procureur de la République en est le seul destinataire. Il s'applique à tous : coordonnateurs, animateurs, participants. Il a pour corolaire l'interdiction de s'appuyer sur la participation à une rencontre restaurative, y compris en cas d'échec, dans le cadre d'une procédure pénale subséquente.

Il importe de souligner, pour conclure provisoirement, que l'évolution amorcée par la Loi du 15 août 2014 manifeste surtout une réelle convergence entre les objectifs de la justice pénale et ceux de la justice restaurative. En ce sens, la peine a dorénavant pour fonction « *de sanctionner l'auteur de l'infraction ; de favoriser "son amendement, son insertion ou sa réinsertion", « afin d'assurer la protection de la société [de] prévenir la commission de nouvelles infractions et restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime* »¹. Il s'agit bien là des fonctions assignées aux diverses rencontres restauratives : responsabilisation de tous en vue de leur réintégration dans l'espace social ; réparation globale de chacun des protagonistes, de leurs proches et/ou de leurs communautés d'appartenance ; prévention de la commission de nouvelles infractions de nature à conduire au rétablissement de la paix sociale.

Très pertinemment, une rencontre restaurative peut aujourd'hui être proposée au cours de l'enquête, de l'instruction, de l'audience de jugement et lors de l'exécution des peines, voire au-delà. Dans la mesure où aucune mesure de justice restaurative n'est visée en particulier, toutes sont donc éligibles, à l'appréciation raisonnée des praticiens formés pour déterminer, avec les participants eux-mêmes, la plus adaptée à la situation donnée : médiation pénale, médiation restaurative (après poursuites), réparation pénale à l'égard des mineurs, conférences restauratives, cercles restauratifs, rencontres détenus (ou condamnés) – victimes, cercles de soutien et de responsabilité.

Processus restauratif, procès pénal et juridictions de l'application des peines peuvent ainsi se compléter et fonctionner de concert. Des passerelles sont envisageables. Si la proposition d'une mesure de justice restaurative appartient à l'autorité judiciaire, rien n'interdit aux intervenants sociojudiciaires (au sens le plus large), aux protagonistes, à leurs proches de solliciter en ce sens le magistrat compétent. Le travail en partenariat devient alors principes pour mener à terme une telle approche holistique des réponses à apporter au crime².

¹ Article 130-1 du nouveau Code pénal.

² V. notamment les réalisations du Service régional de justice restaurative « Ile de France », apcars.fr.

La justice restaurative est bien en marche dans notre pays. Emboîtons-lui résolument le pas, en privilégiant l'optimisme de l'action au pessimisme de l'intelligence. Par une rationalisation des coûts budgétaires, offrons-nous les moyens de mesurer – scientifiquement – son effectivité et son efficacité (symbolique, instrumentale et pédagogique). Par une complémentarité raisonnée entre les missions de la justice pénale et les actions de la justice restaurative, il est possible d'épanouir, ici et maintenant, une Œuvre de justice authentiquement humaine, réellement équitable et fondamentalement prévenante.

Pour aller plus loin

- Cario R. (dir.), La justice restaurative, Rapport du groupe de travail, Conseil national d'aide aux victimes, Paris, Mai 2007, 61 p.
- Cario R. (dir.), Les rencontres détenus-victimes. L'humanité retrouvée, Éd. L'Harmattan, Paris, coll. Controverses, 2012, 164 p.
- Cario R., Introduction aux sciences criminelles, Éd. L'Harmattan, 6ème éd. 2008, 348 p.
- Cario R., La justice restaurative Principes et promesses, Éd. L'Harmattan, 2ème éd. 2010, 300 p.
- Cario R., La justice restaurative : vers un inévitable consensus, Dalloz, 2013, 1077 p.
- Cario R., La justice restaurative, Conférence de consensus, 14-15 février 2013 [En ligne] <http://ick.li/if0BL9>.
- Cario R., Justice restaurative et droit pénal des mineurs. Entre continuité et renforcement de la belle Ordonnance du 2 février 1945, In Les Cahiers dynamiques, Éd. Erès, 2014-59, pp. 41-50.
- Cario R. et Mbanzoulou P. (dir.), La justice restaurative. Une utopie qui marche ?, Éd. L'Harmattan, 2010, 103 p.
- Cario R., Villerbu L., Herzog-Evans M., La criminologie à l'Université. Mythes... et réalités, Éd. L'Harmattan, 2012, 104 p.
- Cunneen C. and Hoyle C., Debating Restorative Justice, Hart publishing, 2010, 195 p.
- De Villette T., Faire justice autrement. Le défi des rencontres entre détenus et victims, Éd. Médiaspaul, 2009, 247 p.
- Farrall S., Hough M., Maruna S., Sparks R., Escape routes. Contemporary perspectives on life after punishment, Ed. Routledge, 2011, 278 p.
- Gailly P., La Justice restaurative. Textes réunis par..., Éd. Larcier, 2011, 471 p.
- Herzog-Evans M., Moderniser la probation à la française. Un défi à relever ?, Éd. L'Harmattan, 2013, 140 p.
- Johnstone G. (Ed.), A restorative justice reader : texts, sources, context, Willan pub, 2003, 400 p.
- Kimmitt E. and Newell T., Restorative justice in prisons. A guide to making it happen, Watersidepress, 2006, 132 p.

Latimer J., Dowden C., Muise D., L'efficacité des pratiques de la Justice restaurative : Méta-analyse, Département de la justice du Canada, Division de la recherche et de la statistique, Multigraph., 2011.

Liebmann M., Restorative Justice. How it works ?, Jessica Kingsley publishers, 2007, 472 p.

Mbanzoulou P., La médiation pénale, Éd. L'Harmattan, 2012, 117 p.

Rossi C., Les rencontres détenus-victimes dans le cas de crimes graves au Québec : une offre unique de reconnaissance sociale des conséquences des crimes les plus graves, in R. Cario (dir.), op. cit., 2012, pp. 39-68.

Sayous B., Rapport en vue de l'expérimentation de mesures de Justice restaurative en Ile-de-France au sein de l'APCARS, 2014, [en ligne] www.apcars.fr.

Sayous B., Les conférences du groupe familial, in R. Cario et P. Mbanzoulou, 2012, pp. 33-48.

Sayous B. et Cario. R., La Justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales, in AJ pén., 2014-10, pp. 461-466.

Shapland J., Robinson G., Sorsby A., Restorative justice in practice. Evaluating what works for victims and offenders, Ed. Routledge, 2011, 227 p.

Strang H. et al., Restorative Justice Conferencing (RJC). Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims : Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction. A Systematic Review, Campbell systematic review, 2013:12.

Tulkens F. (dir.), Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Principes d'action et méthodes, Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre, 2013.

Umbreit M., Peterson-Armour M., Restorative justice dialogue. An essential guide for research and practice, Ed. Springer publ., 2011, 350 p.

Van Ness D. W., Strong K. H., Restoring Justice. An introduction to restorative justice, Anderson publishing, 5th ed. 2014, 235 p.

Walgrave L., Restorative Justice, self-interest and responsible citizenship, Willan publishing, 2008, 240 p.

Wallis P., Understanding Restorative justice. How empathy can close the gap created by crime ?, Olicy Press, 2014, 206 p.

Ward T. et Maruna S., Rehabilitation, Ed. Routledge, 2007, 204 p.

Wright M., À qui profite la Justice restauratrice ?, in P. Gailly (trad.), La justice restauratrice, Éd. Larcier, 2011, pp. 189-215.

Zehr H., Changing lenses : a new focus for crime and justice, Herald Press, 1990, 3rd ed., 2005, 289 p.

Zehr, H., La justice restaurative. Pour sortir des impasses de la logique punitive, Éd. Labor et Fides, 2012, 98 p.

L'article 10-1 de la Loi du 15 août 2014

« De la justice restaurative »

Robert CARIO

*Professeur émérite de criminologie - Université de Pau et des Pays de l'Adour
Président de l'Institut Français pour la Justice Restaurative*

Résumé :

Pratique ancestrale, la justice restaurative s'est vue consacrée en France par la Loi Taubira du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. En ce sens, le nouvel article 10-1 du Code de procédure pénale prévoit la mise en œuvre des mesures qu'elle promeut à l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution des peines. Inscrit de manière très symbolique au sein du titre préliminaire de la partie législative du code, ce texte vient conforter la nécessité de répondre, en complémentarité avec les réponses pénales traditionnelles, non seulement aux conséquences directes du crime (au sens large) mais encore aux répercussions qu'il entraîne inévitablement chez les personnes concernées (auteur, victimes, proches, communautés d'appartenance), toujours en souffrance. Il offre aux très prometteuses expériences développées depuis 2010 dans notre pays, un cadre légal, soucieux de garantir la dignité et la sécurité des personnes qui s'y engagent volontairement, en présence de professionnels spécialement formés.

Summary:

Even though it was an age-old practice, restaurative justice was consecrated by the 15 august 2014 Taubira law on the individualization of sentences and strengthening the efficiency of criminal sanctions. To that end, the new art. 10-1 of the Criminal Procedure Code enables for the use of the measures restaurative Justice promotes in any criminal procedure at any stage, including the execution of sentences. Symbolically inscribed within the introductory legislative part of the Code, the Taubira law emphasizes the need to answer in synergy with traditional criminal responses, not only to the direct consequences of the crime (in the broad sense), but also to the traumas the people affected (victims, perpetrators, acquaintances, communities) almost inevitably suffer from afterwards. This text gives the numerous experiments made since 2010 in our country a legal framework to guarantee the dignity and safety of the people who voluntarily chose this method under the supervision of highly-trained professionals.

Contrairement à beaucoup d'idées reçues, la justice restaurative n'est pas inconnue de notre système de justice pénale. Les pratiques de régulation des conflits entre infracteurs, victimes, leurs proches et la communauté sont ancestrales. Plus près de nous, elles n'ont jamais cessé d'exister dans l'infra-justice, à côté des juridictions étatiques. Le droit positif français, à la suite d'expérimentations au milieu des années 1980, a introduit la médiation pénale et la réparation pénale dans le Code de procédure pénale. Au bénéfice des adultes dans le premier cas, la mesure est utilisée comme alternative aux poursuites : *« S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République : [...] 5° Faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime »*¹. Sans entrer dans trop de détails, il importe de préciser immédiatement que le caractère restauratif originel de la médiation pénale a aujourd'hui disparu, l'accord de l'infracteur n'étant plus légalement requis. De surcroît, la mise en œuvre de la médiation pénale à ce stade de la procédure viole des principes de droits criminels essentiels : présomption d'innocence, séparation des pouvoirs judiciaires, *non bis in idem*, égalité d'accès à la justice principalement.

Dans le second cas et bien plus pertinemment, l'article 12-1 de l'Ordonnance du 2 février 1945 envisage la réparation pénale à tous les stades de la procédure : *« Le procureur de la République, la juridiction chargée de l'instruction de l'affaire ou la juridiction de jugement ont la faculté de proposer au mineur une mesure ou une activité d'aide ou de réparation à l'égard de la victime ou dans l'intérêt de la collectivité. Toute mesure ou activité d'aide ou de réparation à l'égard de la victime ne peut être ordonnée qu'avec l'accord de celle-ci [...] »*. Il ne fait guère de doute que les mesures de justice restaurative sont spécialement applicables aux mineurs. Néanmoins, si la mesure de réparation décidée après poursuites heurte moins les principes fondamentaux de droit criminel évoqués ci-dessus, il demeure que la victime (et/ou ses proches) n'est que très exceptionnellement associée à son déroulement.

Dans le même esprit, la loi du 11 juillet 1975 au travers de la dispense de peine et de l'ajournement de la peine (simple ou avec mise à l'épreuve) énonçait déjà aux articles 132-60 et s. du Code pénal les trois conditions princeps pour la mise en œuvre des mesures contemporaines de justice restaurative : lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé... ou est en voie de l'être en ce qui concerne l'ajournement².

¹ Article 41-1 du Code de procédure pénale.

² V. également les articles 132-70-1 et s. du Code de procédure pénale.

La loi du 15 août 2014, relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, franchit une étape majeure par l'introduction, au sein du titre préliminaire du Livre 1^{er} du Code de procédure pénale, de l'article 10-1 intitulé « De la justice restaurative ». Les travaux de la Conférence de consensus sur la prévention de la récidive ont été déterminants à cet égard. *« À l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative. Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission. Cette mesure ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet et ont consenti expressément à y participer. Elle est mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire. Elle est confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République ».*

La justice restaurative s'adresse directement aux victimes, aux auteurs d'infractions graves et à leurs proches. Nombre de mesures qu'elle promeut associent heureusement les membres de la communauté, spécialement formés à cet effet. Elle vise à leur conférer une part active dans la réduction des répercussions d'ordre personnel, familial, culturel et plus largement social de l'infraction. Depuis plus de 40 ans, les mesures de justice restaurative se sont diversifiées. Elles répondent à des protocoles stricts, conçus et validés par des évaluations méthodologiquement rigoureuses. En cela, elles garantissent le respect et la sécurité de l'ensemble des participants. Mises en œuvre dans le cadre d'un processus dynamique, elles supposent l'engagement volontaire de tou(te)s celles et ceux qui s'estiment concerné(e)s par le conflit de nature criminelle, afin de négocier, ensemble, par une participation active, en la présence et sous le contrôle d'un « tiers justice » et avec l'accompagnement éventuel d'un « tiers psychologique et/ou social », les solutions les meilleures pour chacun, de nature à conduire, par la responsabilisation des acteurs, à la restauration de tous, au retour, plus globalement, à l'Harmonie sociale.

Le texte de l'article 10-1 de l'article 132-70-1 et s. du Code de procédure pénale a pu sembler trop imprécis à certains, au point de constituer un « objet pénal non identifié », mystérieux, voire inutile à d'autres tant la notion de restauration – au sens large – des personnes semble taboue dans les discours et pratiques judiciaires dominantes. Il demeure que ce texte général, au regard de son positionnement – très symbolique – dans le code, apparaît relativement satisfaisant dans la fixation des raisons justifiant la mise en œuvre d'une mesure de justice restaurative (I). Il reste néanmoins à en définir les modalités concrètes d'application sur la base, notamment, des enseignements tirés des expérimentations menées au cours des dernières années. Ce

sera là l'objet d'une circulaire ministérielle en préparation suivie d'éventuels décrets d'application (II).

I.- Pourquoi recourir à une mesure de justice restaurative ?

Il importe de souligner immédiatement que la réforme pénale entend consolider la convergence entre les objectifs de la justice restaurative et ceux du procès pénal. Les fonctions de la peine sont ainsi réenvisagées à l'article 130-1 du Code pénal : « [...] sanctionner l'auteur de l'infraction ; [...] favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion », « afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime [...] ». Il s'agit bien là des fonctions assignées aux mesures restauratives : responsabilisation de tous en vue de leur réintégration dans l'espace social ; réparation globale de chacun des protagonistes, de leurs proches et/ou de leurs communautés d'appartenance ; prévention de la commission de nouvelles infractions de nature à conduire au rétablissement de la paix sociale³.

C'est dans cet esprit que l'alinéa 2 de l'article 10-1 du Code pénal offre « à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction [la possibilité] de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission ». Impliquant en première intention la victime (et/ou ses proches) et l'infacteur (en général), les mesures de justice restaurative se démarquent de la tendance qui affecte, de manière regrettable, les conditions du recours à la médiation pénale n'exigeant plus que le seul accord de la victime. Le principe d'une participation active de chacun (selon la stratégie de l'*empowerment* chère à Carl Rogers à la résolution des répercussions du crime (personnelles, familiales, scolaires, professionnelles, culturelles et plus largement sociales) consacre leur rôle d'acteurs primordiaux dans la rencontre restaurative, à toutes les phases du processus restauratif : préparation, rencontres, conclusion d'un éventuel accord, élaboration du suivi et clôture de la mesure retenue. Ces mesures vont de la médiation en « face à face » au cercle de soutien et de responsabilité (sortie de prison), en passant par les conférences restauratives, les cercles restauratifs, les rencontres infracteurs victimes en milieu pénitentiaire ou en milieu ouvert⁴.

Tournée vers « la résolution des difficultés résultant de l'infraction », la justice restaurative vise la régulation des conflits, l'apaisement des personnes et la prise en compte des « répercussions » de l'infraction sur chacun, en aucun cas des « conséquences » directes de l'infraction (sanction, indemnisation) de la compétence du seul juge pénal. Le « processus » restauratif engagé apparaît ainsi aussi essentiel que le « résultat » même de la rencontre, qui peut ne jamais avoir lieu. En rien thérapeutique, le dispositif restauratif à

³ V. également l'article 712-16-1 al. 1^{er} du Code de procédure pénale modifié.

⁴ justicere Restaurative.org.

l'œuvre n'a, en aucun cas, pour fonction de conduire à un pardon réciproque, définitivement intime aux participants. De la même manière, les valeurs humanistes qu'elle promeut, empreintes de valeurs spirituelles laïques, ne participent d'aucun prosélytisme religieux. L'inscription de la justice restaurative au sein du système de justice pénale garantit, en ce sens, le respect des droits humains fondamentaux et des principes généraux du droit criminel.

Considérant les personnes impliquées comme compétentes pour participer à la régulation de leurs propres affaires, les mesures restauratives poursuivent, avant tout, la recherche d'un dialogue respectueux, destiné à identifier et exprimer les souffrances subies par chacun, la compréhension mutuelle de ce qui s'est passé (pourquoi ?) et la recherche des solutions disponibles pour y remédier (comment ?). Il est pertinent, à cet égard, de souligner que « *la résolution* » de ces « *difficultés résultant de l'infraction* » conduit « *notamment* » à la réparation des « *préjudices* » « *de toute nature* ». La réparation doit être globale : indemnitaire, processuelle, symbolique, physique, psychologique et sociale. La réparation restaurative provient essentiellement de la posture d'*empowerment* qui est offerte aux protagonistes pour envisager la régulation des répercussions du crime, à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'application des peines. Si une réparation pécuniaire est envisagée au cours de la mesure, dans le présentiel uniquement, il appartiendra toujours au juge de jugement de la valider ou non (juge civil, Commission d'indemnisation des victimes d'infractions, juge pénal). Contrairement à ce qu'affirment nombre de juristes pénalistes, confondant inlassablement les « conséquences » directes de l'acte criminel passé avec ses « répercussions » sur l'avenir des personnes impliquées. La diversité et l'ampleur des répercussions, plutôt que la gravité intrinsèque des faits, sont prises en compte pour le choix de la mesure de justice restaurative idoine.

La mesure de justice restaurative est placée « *sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire* ». L'autorité judiciaire, seule garante du respect des libertés individuelles, est en effet la mieux à même d'opérer ce contrôle. Il consiste en la vérification du respect des droits humains fondamentaux, des principes généraux du droit criminel, des droits et intérêts des participants tout au long du processus restauratif. Il peut se manifester de différentes manières : déroulement formel du processus ; manquement à la déontologie de la part de l'animateur faisant grief à un participant ; homologation – voire intégration dans la décision au fond – du protocole d'accord ; contenu de l'accord le cas échéant, principalement.

Mais ce contrôle sur le déroulement du processus restauratif se heurte au respect du principe de confidentialité. D'application stricte, il ne supporte aucune restriction sauf « *accord contraire des parties*. Il ne doit être levé dans *les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions* » commises, dont la commission est en cours ou sur le point de l'être et présentant un danger pour les personnes. Les informations divulguées au seul procureur doivent se limiter « *au déroulement de la mesure* » et non au contenu des échanges.

Ce principe de confidentialité a pour corolaire l'interdiction de s'appuyer sur la participation à une mesure de justice restaurative dans le cadre d'une procédure pénale

subséquente, y compris en cas d'échec de la rencontre restaurative. Sa garantie est essentielle au déroulement optimal – dans la confiance et la sécurité – de la rencontre et du dialogue restauratifs. Il s'applique autant aux coordonnateurs et animateurs de la mesure qu'aux participants eux-mêmes. Ces derniers conservent néanmoins possibilité de le lever pour ce qui les concerne personnellement avec celles et ceux qui ont en charge leur accompagnement, quel qu'il soit... mais dans le respect formel de la confidentialité dont bénéficient tous les autres participants.

II.- Comment mettre en œuvre une mesure de justice restaurative ?

D'application générale, les mesures de justice restaurative supposent inévitablement des précisions de la part du Ministère de la justice par la rédaction d'une circulaire précise d'application, voire par l'adoption de décrets particuliers.

L'alinéa 1^{er} de l'article 10-1 du Code de procédure pénale offre un vaste champ d'application aux mesures de justice restaurative : *« à l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine »*. Une telle formulation laisse une grande marge de manœuvre à tous les intervenants. Une mesure de justice restaurative peut être *« proposée »* au cours de l'enquête, de l'instruction, de l'audience de jugement et lors de l'exécution des peines, voire au-delà. Processus restauratif, procès pénal et application des peines peuvent ainsi pertinemment se compléter et fonctionner de concert. Des passerelles sont envisageables. La proposition d'une mesure de justice restaurative peut ainsi provenir de l'autorité judiciaire (au sens large), mais également des intervenants sociaux judiciaires (au sens le plus large), des protagonistes, de leurs proches, car rien ne leur interdit de solliciter en ce sens le magistrat compétent.

Lors de l'exécution des peines, l'article 707-IV du Code de procédure pénale énonce, dorénavant clairement, les droits de la victime dont celui, particulièrement, *« d'obtenir réparation de son préjudice, à côté de son indemnisation »* [...] par *« tout autre moyen adapté »*, comme la proposition d'une mesure de justice restaurative. Détentrice d'un tel droit, elle peut saisir elle-même le magistrat compétent ou, de manière plus informelle, les « référents » d'un Service régional de justice restaurative ou de tout autre service dédié à la justice restaurative qui l'accompagneront à cette fin. Il est toutefois regrettable qu'un tel droit à la justice restaurative ne soit pas étendu à l'infacteur, comme c'est le cas dans des pays voisins du nôtre. Certes, la disponibilité des mesures de justice restaurative est à ce jour encore peu importante. Il demeure que la reconnaissance d'un droit à la justice restaurative à tous les justiciables aurait été la meilleure garantie de son essor progressif, mais inévitable au regard des promesses déjà tenues lors des expérimentations mises en place. Une ambiguïté devrait cependant être levée quant à ce « droit » à se voir proposer une mesure de justice restaurative lors de

l'exécution des peines *versus* la simple « possibilité » d'une telle proposition durant le procès pénal.

Un tel système est un gage de grande flexibilité et de réduction du risque d'instrumentalisation de la justice restaurative et de tous ses acteurs. La référence du texte aux « *mesures de justice restaurative* » ouvre très intelligemment le champ de tous les possibles : aucune mesure de justice restaurative n'est visée en particulier, toutes sont donc éligibles, à l'appréciation raisonnée des praticiens formés pour déterminer, avec les participants eux-mêmes, la plus adaptée à la situation donnée. Médiation pénale, médiation restaurative (après poursuites), réparation pénale à l'égard des mineurs, conférences restauratives, cercles restauratifs, rencontres détenus (ou condamnés) – victimes, cercles de soutien et de responsabilité (dédiés aux seuls auteurs de violences sexuelles), cercles d'accompagnement et de ressources en constituent l'essentiel, à titre autonome ou complémentaire.

Conformément aux dispositions des textes internationaux, l'article 10-1 du Code de procédure pénale impose que la reconnaissance des faits par tous soit formelle : ce qui n'équivaut pas à un aveu, une absence de dénégation pouvant également être retenue. Il s'agit d'éviter toute victimisation secondaire des intéressés et de fixer les termes du dialogue restauratif sur des bases communes.

La mesure restaurative « *ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet* ». Cette information « *complète* » doit être formulée par des intervenants spécialement formés, de manière claire et compréhensible. D'où l'inévitable sensibilisation de tous les professionnels de la chaîne pénale à la question restaurative et, plus largement, du grand public (informations par voie d'affiche et dépliants dans tous les lieux de justice et d'accompagnement social en général). D'où l'importance de la préparation des participants, à l'opposé de toute précipitation portant sur le déroulement du processus, les garanties (notamment de gratuité, de confidentialité, de sortie à tout moment du dispositif), les suites envisageables et, surtout, sur ce qu'ils ne doivent pas en attendre.

La mesure « *ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction [...] ont consenti expressément à y participer* ». Essentielle au bon déroulement de la mesure de justice restaurative, cette condition est la garantie de l'implication active de l'ensemble des participants à la rencontre restaurative. Elle marque la légitimité de la place que chacun y occupe. Ce consentement doit s'exprimer au moment du choix de la mesure et tout au long de son déroulement. Dans le pré-sententiel, afin de ne pas porter atteinte au principe angulaire de la présomption d'innocence, il devient urgent que le législateur consacre la césure du procès pénal (réclamée de très longue date par d'éminents pénalistes) et pas uniquement au bénéfice de la seule justice restaurative. En ce sens, dans la très grande majorité des violences intrafamiliales notamment, il n'y a pas souvent de déni franc de la part de l'infracteur. Une décision rapide sur sa culpabilité, après les légitimes investigations qui s'imposent en droit procédural, pourrait conduire à la proposition de ces mesures restauratives, de nature à apaiser les

protagonistes volontaires qui le souhaitent, ainsi qu'à pacifier le déroulement de l'ensemble de la procédure.

La mesure de justice restaurative doit être mise en œuvre *« par un tiers indépendant formé à cet effet »*. Une telle formation ne s'improvise pas. Pour devoir posséder de solides connaissances disciplinaires propres, professionnels et bénévoles devront encore compléter leur formation initiale par l'acquisition, le cas échéant, de connaissances générales sur les techniques d'écoute et d'entretien, l'animation de groupe, afin de bien différencier et maîtriser la spécificité des protocoles de mise en place et de suivi des mesures restauratives. Une telle formation a pour objet principal d'amener les intervenants à se décentrer relativement à leurs propres postures professionnelles afin d'embrasser pleinement ce rôle d'animateur/médiateur lors des entretiens préparatoires et des rencontres elles-mêmes, en gardant en mémoire que ces dernières ne sont pas inévitables, le processus restauratif préparatoire ayant été validé comme également réparateur. L'Ifjr, en partenariat avec l'Inavem, a commencé à offrir de telles formations, pour la plupart des mesures éligibles. Il est dommage que l'Université ne puisse pas les assurer, avec les compétences théoriques, pédagogiques et praxéologiques qui s'imposent naturellement. Mais, à ce jour, toute velléité d'embrasser ces métiers de la criminologie au sens large se heurte à l'anachronique résistance des filières « intradisciplinaires » supposées étudier le phénomène criminel, par définition même complexe.

L'animateur/médiateur de la rencontre selon les mesures, en charge également de la préparation des participants, est le garant de son bon déroulement. Une telle préparation, souvent longue, est toujours guidée par le souci de ne pas (re) victimiser les éventuels participants ou de ne pas aggraver la situation des personnes retenues. Lors de celles-ci, il veille à la sécurité du cadre, il assure la circulation équitable de la parole entre les participants, chacun devant pouvoir s'exprimer et être écouté, dans le respect de la dignité de tous. Au fait des connaissances relatives à la justice restaurative et aux problématiques criminologiques des victimes et des infracteurs, il doit encore être rompu aux techniques d'animation spécifiques à la mesure choisie. Son indépendance se manifeste vis-à-vis des participants par l'impartialité et neutralité bienveillante qui caractérisent sa mission. Naturellement, aucun de ces intervenants n'a eu à connaître des situations criminelles se rapportant aux participants. Son indépendance provient encore de la gratuité de la mesure. Il demeure tout autant indépendant de l'institution judiciaire ou des administrations mandantes, dans le cadre défini par l'article 10-1 du Code de procédure pénale par la loi et les règlements en vigueur plus généralement.

En conclusion à l'examen sommaire de la Loi Taubira du 15 août 2014 à l'aune de la justice restaurative et des nouveaux droits accordés aux victimes et infracteurs, la réforme pénale opérée, sous l'impulsion forte de la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, marque un réel tournant pour l'intégration des mesures qu'elle promeut en droit criminel français. La force de propositions en provenance de partenaires sociaux, de la Plateforme française pour la justice restaurative ou de l'Institut français pour la justice restaurative a également été déterminante. L'introduction, par amendement inestimable,

« De la justice restaurative » au sein du Code de procédure pénale offre, enfin, un cadre juridique propice à la mise en œuvre des pratiques de justice restaurative, au bénéfice de personnes ayant eu à souffrir et souffrant encore des répercussions du crime. Sans velléité d'aucune sorte de privatisation du procès pénal.

Il ne fait aucun doute que la vigilance critique s'exprime pleinement à propos de ces dispositions originales de nature à rendre conforme notre droit aux normes européennes impératives (Directive 2012), soutenues par de très nombreux textes internationaux moins contraignants il est vrai. Il importe donc que les commentateurs de l'article 10-1 du Code de procédure pénale ne s'en tiennent pas, comme c'est généralement le cas dans notre pays, à des critiques systématiques qui, manifestement, attestent leur méconnaissance assez profonde de la philosophie de la justice restaurative et des protocoles de mise en œuvre des mesures qu'elle promeut, évidemment adaptés à notre culture pénale.

Mais il est indispensable que tous les acteurs de la justice restaurative soient spécialement formés. On ne soulignera jamais assez l'anachronique suppression de la Section 75 « Criminologie » du Conseil national des universités. Cette idée forte dont l'heure est venue (justicerestaurative.org) doit se traduire maintenant en actes, de manière pragmatique, pour que tous « apprivoisent » ces nouveaux droits et ces novatrices procédures, vecteurs de reconquête de la dignité de chacun, facteur puissant de désistance, révélateur de solidarité citoyenne, prometteurs d'une Œuvre de justice authentiquement humaine.

Tableau récapitulatif des possibilités d'intégration des mesures de justice restaurative à tous les stades de la procédure pénale¹

<i>Mesure de justice restaurative</i>	<i>Cadre juridique</i>	<i>Fondement textuel</i>
Avant Poursuites		
Cercle restauratif	Classement sans suite	10-1 du Code de procédure pénale
Réparation pénale	Alternative aux poursuites	12-1 Ord. 2 fév. 1945
Médiation pénale	Alternative aux poursuites	41-1-5° du Code de procédure pénale
Conférence du Groupe Familial (CGF)	Alternative aux poursuites	10-1 du Code de procédure pénale 12-1 Ord. 1945, <i>ou texte spécifique</i>
Information		
Réparation pénale (mineurs)		12-1 Ord. 2 fév. 1945
Médiation restaurative		10-1 du Code de procédure pénale
Conférence du groupe familial (CGF)		10-1 du Code de procédure pénale 12-1 Ord. 1945, <i>ou texte spécifique</i>
Cercle restauratif	Extinction de l'action publique/Ordonnance de non-lieu	10-1 du Code de procédure pénale
Instance pénale		
Réparation pénale		20-7 Ord. 1945 12-1 Ord. 1945
Médiation restaurative		10-1 du Code de procédure pénale
Conférence du groupe familial		10-1 du Code de procédure pénale 20-7 Ord. 1945, <i>ou texte spécifique</i>
Cercle restauratif	Relaxe ou acquittement	10-1 du Code de procédure pénale
Après le procès, durant la phase d'exécution des peines		
Rencontre restaurative entre Détenus ou Condamnés et Victimes RDV/RCV (« de groupe »)	En milieu fermé ou ouvert	10-1 du Code de procédure pénale
Médiation restaurative	En milieu fermé ou ouvert	10-1 du Code de procédure pénale
Cercle de soutien et de responsabilité (CSR : [violences d'ordre sexuel] Cercle d'accompagnement et de ressources [CAR])		10-1 du Code de procédure pénale
A l'issue de l'exécution totale de la peine		
CSR ou CAR		<i>Disposition nouvelle</i>
A tous les stades du processus pénal		
Cercle de suivi des mesures restauratives		<i>Disposition nouvelle</i>

¹ La plupart de ces mesures sont applicables autant aux majeurs qu'aux mineurs.

L'expérimentation des rencontres détenus-victimes à la maison centrale de Poissy : enjeux et résultats observés

Paul MBANZOULOU

*Docteur en droit habilité à diriger les recherches (HDR)
Directeur de la recherche et la documentation
Ecole nationale d'administration pénitentiaire (ENAP)*

Résumé :

Les rencontres détenus-victimes (RDV), représentent un dispositif particulier de Justice restaurative. Expérimenté en Angleterre en 1983, ce « face to face de groupes » fut introduit au Canada en 1987 et expérimenté en France en 2010 à la maison centrale de Poissy. Ces rencontres détenus-victimes nécessitent le respect de conditions essentielles, tant en ce qui concerne la préparation des personnes que le déroulement des rencontres elles-mêmes. Si l'inattendu n'est pas à exclure, les rencontres détenus-victimes produisent des effets bénéfiques non négligeables auprès des protagonistes.

Summary :

Detainees-victims meetings are a special instrument of restorative justice. Tried out in England in 1983, these confrontations were later introduced in Canada in 1987, and finally in France at the Poissy Central House in 2010. These detainees-victims meetings need to follow some essential rules, regarding both the training of the participants and the proceedings of the meetings themselves. Unanticipated things may happen, but these meetings usually have a positive impact on the participants.

L'organisation en 2010 de l'expérience inédite en France des rencontres détenus-victimes à la maison centrale de Poissy est associée à la tenue en juin 2008 des XXIII^e Assises nationales de l'INAVEM (Institut National d'Aide aux Victimes et de Médiation) sur le thème « De la réparation à la restauration ». Invité à y intervenir, le québécois Jean-Jacques Goulet présenta le programme de Rencontres Détenus-Victimes (RDV) visant à réunir, au sein de l'univers carcéral, un groupe de détenus et un groupe de victimes concernés par une infraction similaire commise ou subie. Ces rencontres interviennent à la demande des victimes ou des condamnés ou sur proposition des professionnels les accompagnant au sein des Services pénitentiaires et/ou des Services d'aide aux

victimes notamment. Elles nécessitent donc la convergence d'une offre d'espace d'échange sécurisé par des instances tierces, et d'une demande latente ou suscitée des participants.

Intéressé par un tel dispositif et après un séjour professionnel avec une partie de son équipe au Québec, François Goetz, alors directeur du Service Pénitentiaire d'Insertion et de Probation (SPIP) des Yvelines proposa à l'INAVEM, l'expérimentation des premières Rencontres détenus-victimes en France. La Maison Centrale de Poissy puis l'École Nationale d'Administration Pénitentiaire (ÉNAP) manifestèrent leur intérêt, en signant en 2009 une convention d'engagement avec les deux autres partenaires visant à encadrer la mise en œuvre de cette expérimentation à la Maison centrale de Poissy¹.

Organisées à titre expérimental entre mars et juillet 2010 et en février 2014, ces rencontres détenus-victimes ont regroupé chacune trois victimes et trois détenus condamnés à de longues peines, ne se connaissant nullement, mais réunis en tenant compte de la similitude des actes commis par les uns et ceux subis par les autres.

La préparation de ces rencontres est la condition essentielle de leur réussite. Elle vise à proposer aux participants un cadre sécurisé, construit autour d'une structure humaine et institutionnelle selon une méthodologie irréprochable (I). Il s'agit de créer un espace de parole et d'écoute où des personnes victimes et des personnes condamnées détenues peuvent se rencontrer et s'exprimer librement. Une session de RDV s'étale sur cinq à six semaines, avec des rencontres hebdomadaires de deux ou trois heures, ponctuées d'une pause conviviale. Aidés et soutenus par les animateurs et les représentants de la société civile, les participants amorcent un cheminement vers un horizon d'apaisement (II).

I.- Les RDV : un espace préparé et sécurisé

Le cahier des charges élaboré par les quatre partenaires de ce projet définit les objectifs du programme, les conditions de participation, d'encadrement et de déroulement des échanges de manière à offrir aux participants un cadre optimal. L'objectif de la rencontre est de permettre à tous les participants de prendre conscience de leurs blessures, de bénéficier d'un cadre pour les exprimer et de trouver ensemble la voie de l'apaisement et de la responsabilisation.

¹ Ont participé à cette expérimentation : Sabrina BELLUCCI (Directrice de l'INAVEM), Robert CARIO (représentant de la société civile), Michèle DE KERCKHOVE (représentante de la société civile), Clément DI MARINO (directeur adjoint de la Maison centrale de Poissy), François GOETZ (directeur adjoint de l'ÉNAP), Patricia LEBUFFE (animatrice), Paul MBANZOULOU (animateur principal), Claire MÉRIGONDE (DSPIP des Yvelines), Amélie MOAL (chargée de mission INAVEM), Emmanuel POTTIER (chef de détention de la Maison centrale de Poissy), Stéphanie PRÉVIER (CPIP), Sophie RUELAND (CPIP).

Plusieurs réunions de travail ont été nécessaires pour que les signataires de la convention déterminent ensemble le cadre de ces échanges. Le cahier des charges arrêté s'organise autour des trois phases du dispositif : la phase de recherche et de préparation des participants, la phase d'exécution prévoyant le cadre, le déroulement et l'issue des rencontres et enfin, la phase de clôture prévoyant la dernière séance et l'évaluation du programme par les partenaires. Chaque phase a été construite autour des principes fondamentaux de ces rencontres que sont le volontariat des participants et la confidentialité des échanges.

A.- Le choix des participants, victimes et détenus

Les victimes comme les détenus qui acceptent ou demandent de participer à une session RDV, n'ont pas une idée précise de ce dispositif. Le premier travail des animateurs est d'en définir les contours, ses effets et ses contraintes, ses possibles et ses impossibles. En rencontrant individuellement les participants (victimes et détenus) dans la phase préparatoire, autant de fois qu'il sera nécessaire, les animateurs s'assurent de leur volonté et leur capacité à s'insérer librement dans un tel dispositif. Ils vérifient leurs motivations (en aucun cas de nature vindicative) ainsi que leurs aptitudes à s'investir dans ce processus humainement difficile, où la rencontre de l'autre, détenu ou victime, impose l'acceptation de la différence dans ce qu'elle a de plus saillant et de plus déstabilisant.

Il s'avère tout aussi important d'identifier avec chaque personne des motivations individuelles, exprimées en termes d'attentes, car les rencontres détenus victimes mettent l'accent sur l'évolution personnelle ainsi que sur le développement et l'amélioration des communications et des relations personnelles.

Comme dans une procédure de médiation, le processus de choix vise également à évaluer les ressources possibles des personnes pour s'appuyer sur celles-ci dans une visée de changement². D'autant plus que le dispositif nécessite que chaque acteur (victimes, détenus, animateurs et représentants de la société civile) apporte sa contribution. Pour ce faire, la préparation des parties est une condition sine qua non. Il s'agit de réduire autant que possible le poids de l'imprévu, les préparer à faire face à toutes éventualités : mensonge d'un détenu, colère d'une victime, retrait d'un participant, absence de sympathie, notamment. Ce qui implique de rester attentifs à la façon dont les détenus parlent des victimes (intéressés ou non à comprendre la situation des victimes), au fait qu'ils ont déjà fait un travail sur eux-mêmes leur permettant de reconnaître les actes commis, d'accepter d'en parler et même d'accepter leur sanction.

² B. GAILLARD et J. DURIF-VAREMBONT (dir.), *La médiation. Théorie et pratiques*, Paris, L'Harmattan, Sciences criminelles, 2007, p. 53.

Ces rencontres individuelles se concluent par une rencontre des personnes retenues, par groupe séparé (de détenus et de victimes), en présence des animateurs, afin de faire connaissance entre eux et avec les représentants de la communauté. Comme les rencontres ont lieu en milieu carcéral, dans le respect des règles de sécurité, il est important de proposer en amont, aux victimes, une visite de l'établissement pénitentiaire où elles se dérouleront. La préparation de la salle (disposition en cercle notamment) doit assurer à chacun confidentialité, sécurité et convivialité.

B.- Le cadre général et la structure d'animation

Il faudrait d'emblée souligner que les rencontres détenus-victimes constituent plus une expérience émotionnelle et affective forte qu'une démarche technique et intellectuelle. L'absence de conflit direct entre les participants focalise l'attention sur la personne et sur la relation interpersonnelle. Dans ces conditions, les éléments techniques convoqués s'amalgament avec l'être propre de l'animateur. La congruence à la situation (regard positif inconditionnel, empathie, compréhension), si elle peut se techniciser, et cela est nécessaire, puise davantage dans l'humanisme de l'animateur et sa capacité relationnelle. La médiation apparaît comme le champ d'exercices le plus proche³. Les animateurs formés à la médiation ont donc un train d'avance dans la mesure où ils ont déjà appris à être des catalyseurs, sans réel pouvoir – si ce n'est celui de responsabiliser les protagonistes –, à gérer l'interaction entre les *médiés* ainsi que les différentes émotions déclenchées (peur, colère, tristesse, sentiment de vengeance et/ou d'injustice)⁴.

Pour autant, l'animation de ces rencontres est une intervention délicate. Elle nécessite la subtilité des animateurs afin d'accompagner pleinement le groupe dans ce cheminement parsemé d'embûches. En effet, la dynamique permettant à chaque participant d'entrer en communication avec les autres et avec lui-même, dépend en grande partie de la structure que les animateurs créent. Celle-ci est constituée d'éléments aussi divers que le style relationnel des animateurs, leur connaissance de la dynamique des groupes, des problématiques particulières des victimes et des détenus, le niveau de préparation des rencontres, notamment. Une telle structure (le professionnalisme des animateurs) doit déboucher sur un climat général de confiance réciproque facilitant l'expression et le changement. Sa qualité s'analyse à partir de la compréhension empathique que les animateurs sont susceptibles de manifester, à savoir leur capacité à « comprendre la signification exacte de ce que

³ P. MBANZOULOU, *La médiation pénale. Nouvelle édition*, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2012, 112 p. ; M. JACCOUD (dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2003, 272 p.

⁴ P. MBANZOULOU et N. TERCQ, *La médiation familiale pénale*, L'Harmattan, Controverses, 2004, p. 106.

la personne communique »⁵ et de le replacer dans la dynamique du changement et du développement personnel.

Le dispositif des rencontres détenus-victimes doit être contenant dans la mesure où il s'organise autour d'expériences humaines difficiles (et susceptibles de tensions diverses) et très souvent après un long parcours parsemé de souffrances. Le cadre doit être explicité d'emblée avant les échanges, même si cela a été fait pendant la phase préparatoire avec chaque participant. Le temps (le nombre de séances) et la gestion du temps (la contenance du temps élaboré) sont des éléments importants du cadre, qui permettent à chaque participant de relire le cheminement accompli et de se projeter. En posant le cadre des échanges, l'animateur cherche particulièrement à inscrire les participants dans les principes qui se situent au-delà des personnes pour constituer une de cadre de référence commun. Il rappelle à cette fin l'engagement de principe signé par les participants qui, lui-même, reprend l'objectif des RDV (créer un espace de parole et d'écoute où des personnes victimes et des personnes condamnées détenues qui ne se connaissent pas peuvent se rencontrer et s'exprimer librement) et ses principes⁶.

Pour garantir le climat de sécurité favorable à la libre expression, l'animateur rappelle le principe de confidentialité contenu dans cet engagement, de sorte que les échanges se déroulent dans le respect des droits et de la dignité de chacun. Les professionnels présents lors des rencontres s'engagent également à en assurer la confidentialité. En cas de rupture de ce socle de confiance, ou pour toute autre raison, les participants ont toujours la possibilité de quitter le processus à tout moment. Au besoin, un accompagnement psychologique est disponible (au sein de l'établissement pénitentiaire, en milieu ouvert ou au sein d'un Service d'aide aux victimes respectivement) pendant toute la durée du programme.

D'apparence facile, le rôle d'animateur est pourtant très difficile. Il ne confine pas à la béance. Il revient en effet à l'animateur de créer un climat psychologique de sécurité favorable à l'échange et au cheminement. Cela nécessite de sa part une capacité à expliciter le cadre, de telle manière qu'il soit non seulement contenant, mais aussi épanouissant. De même qu'il doit favoriser, par une organisation de la circularité de la parole, les capacités évolutives du groupe et des individus. Sans ôter au groupe sa propre responsabilité, l'animateur fait à la fois face au flot d'émotion qui peut inhiber ou faire évoluer le groupe et aux incidents qui peuvent s'y produire.

Le cadre des RDV se caractérise aussi par la présence de deux représentants de la société civile. Même bienveillante, une telle présence n'est pas sans conséquence. Elle induit nécessairement des effets sur le climat des échanges qui

⁵ C. R. ROGERS, *Les groupes de rencontre. Animation et conduite de groupes*, InterEditions, Paris, 2006, p. 51.

⁶ T. DE VILLETTE, *Faire justice autrement. Le défi des rencontres entre détenus et victimes*, MédiasPaul, 2009, p. 103 et s.

pourraient se traduire par l'inhibition ou la rigidité de l'expression. Une mise en mots de leur place et de leur rôle dans le déroulement des rencontres est inévitable. Associés au processus de changement, les représentants de la société civile ont pour rôle, sans interférence avec celui des animateurs, de manifester par leur présence l'intérêt porté par la société à la réparation la plus complète des répercussions de l'infraction, de soutenir les participants dans leur cheminement, de promouvoir ainsi la reconstruction du lien social. Ils pourront encore témoigner auprès de leurs communautés d'appartenance, le cas échéant, de l'équité du processus restauratif et des bénéfices induits pour la plupart des participants⁷.

II.- Les RDV : un cheminement

S'il ne fait aucun doute que la rencontre est en soi le but poursuivi, elle est aussi un cheminement, dans la mesure où elle amorce le processus de changement. La question qui se pose dès lors est celle de savoir vers quel horizon spécifique se dirige ce processus et même s'il y a lieu, pour l'animateur, d'engager le groupe vers un tel horizon ? En choisissant l'apaisement comme horizon escompté du cheminement proposé aux participants de l'expérience de Poissy, les animateurs ont-ils surestimé leur rôle, ignoré le caractère modulable du dispositif, son processus propre ? Ou ont-ils simplement compris que la volonté de participation est également une demande d'apaisement, de soulagement, voire de diminution de la souffrance ?

Les victimes sont souvent enfermées dans une représentation (protectrice) du détenu comme un monstre caractérisé par une grande froideur et une forte violence. Les détenus sont persuadés que les victimes sont habitées par une haine vengeresse, entretenue par les associations qui les soutiennent et/ou par leur entourage. Les rencontres organisées à la maison centrale de Poissy n'ont pas échappé à ces représentations⁸. C'est ainsi que, dans la phase préparatoire de la première expérience, certaines victimes ont cru bon d'insister sur leur souhait de ne pas serrer la main des détenus, alors que ces derniers, à leur tour, s'attendaient à rencontrer des victimes vindicatives et intolérantes. Pour répondre à la demande des victimes, consigne fut alors donnée à tous les détenus de ne pas serrer la main des victimes, tout au moins lors de la première rencontre.

Pour autant, l'humain s'est imposé immédiatement. L'un des détenus avait simplement oublié (ou ignoré) cette consigne en prenant l'initiative de tendre la main aux victimes, après avoir serré celle des animateurs et représentants de la

⁷ R. CARIO et P. MBANZOULOU, « Les rencontres détenus-victimes à la maison centrale de Poissy. Un retour d'expérience », *Les Chroniques du Cirap*, ENAP, juillet, 2011 ; R. CARIO, *Justice restaurative. Principes et promesses*, 2^e éd., Paris, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2010, p. 128.

⁸ R. CARIO et P. MBANZOULOU, « Les rencontres détenus-victimes à la maison centrale de Poissy. Un retour d'expérience », *op. cit.*

société civile. En tant qu'animateur, il était fort possible d'intervenir pour le stopper dans son élan. Le choix fut pourtant fait de responsabiliser les victimes, de les laisser réagir d'elles-mêmes face à ce qui pouvait s'apparenter à un raté en raison du non-respect du souhait de l'une d'entre elles. Ainsi, la victime la plus opposée s'y prêta, en justifiant sa décision d'accepter la main tendue de ce détenu par le fait qu'elle n'avait vu en chacun des détenus que des êtres humains et que c'était à ce titre qu'elle souhaitait échanger avec eux durant toutes les rencontres. En faisant référence à la dimension humaine des détenus, la parole de cette victime eut pour effet de détendre l'atmosphère et de favoriser l'acceptation inconditionnelle.

A.- Le passage à l'acte : une plateforme auteur-victime

À l'instar de la médiation, la rencontre est un espace de dialogue permettant l'*intra-médiation* des participants (leur évolution psychologique personnelle) par l'échange et la compréhension mutuelle des points de vue et par l'analyse de la dynamique infractionnelle⁹. À l'occasion de chaque rencontre, chaque participant doit pouvoir, dans le respect de la parole de l'autre, exposer ce que le crime a provoqué en lui ou en elle, ce qui demeure non résolu et ce que ces rencontres pourraient apporter ou sont sur le point d'apporter (ou non) au fur et à mesure de leur déroulement¹⁰. En effet, en se centrant sur la personne et sur la relation interpersonnelle, les rencontres détenus-victimes accordent une place primordiale au récit de chacun. C'est en se racontant que chacun rencontre l'autre. Ce récit permet dans une grande mesure un regard sur soi-même en revisitant sa propre histoire, son parcours et ses différents points de blocages. Il fait vivre le passé et le présent. L'entrelacement de ces deux expériences permet de comprendre peu à peu ce que l'individu communique, la signification de ce qu'il vit et sa trajectoire singulière. Le partage et l'empathie qui en découlent favorisent le cheminement vers l'apaisement mutuel des participants.

Mais que partager dans le respect de la dignité des uns et des autres ? Les détenus de leur côté ne pourraient-ils pas se servir de cette bienveillance des victimes pour ne présenter qu'une partie supportable des faits ? Ne risqueraient-ils pas de s'enfermer dans des propos convenus et passer ainsi à côté d'une vraie authenticité des échanges gage de restauration pour les victimes et de responsabilisation pour eux-mêmes ?

Dans l'expérience restituée, les victimes attendaient des détenus qu'ils les éclairent sur les points restés sans réponse depuis leur victimisation : le processus

⁹ E. A. FATTAH, « Positions savantes et idéologiques sur le rôle de la victime et sa contribution à la genèse du crime », in R. CARIO et P. MBANZOULOU (dir.), « *La victime est-elle coupable ?* » *Autour de l'œuvre d'Ezzat Abdel Fattah*, Paris, L'Harmattan, coll. Controverses, 2004, pp. 23-41 ; P. MBANZOULOU et N. TERCQ, La médiation familiale pénale, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰ R. CARIO et P. MBANZOULOU, « Les rencontres détenus-victimes à la maison centrale de Poissy. Un retour d'expérience », *op. cit.*

du passage à l'acte, depuis la maturation criminelle jusqu'à l'exécution de l'acte ; la difficulté à s'arrêter dans le déroulement de l'acte, les dernières paroles de la victime, les risques de récidive et les dispositions prises par les détenus pour l'éviter. Même si elles affirmaient ne pas rechercher des détails sordides, leur insatisfaction était très perceptible dès lors que les détenus, par pudeur ou par calcul, semblaient occulter certains détails de l'acte ou du processus. La sincérité des détenus pouvait ainsi être mise en doute. Le souhait marqué des victimes d'obtenir davantage de détails sur le déroulement des faits traduit une vraie ambiguïté. Cherchaient-elles à confirmer l'image du monstre des détenus, tellement rassurante quant à sa propre nature, ou s'agissait-il d'un vrai besoin de savoir pour s'apaiser au risque de balayer la dimension humaine des détenus ?

Un échange entre une victime et un détenu condamné pour viol pourrait illustrer le malaise des victimes face à des détenus « réhumanisés ». Alors que le détenu évoquait son crime, la victime lui demanda s'il se soignait en prison. Ce dernier répondit, presque désolé de la décevoir, qu'il n'était pas malade et que tout son problème se situait là : tout serait plus simple pour lui-même et pour son fils disait-il (sans aucun doute pour la victime aussi) s'il avait été malade. Or il n'en est rien. Si ce détenu voulait assumer ainsi toutes ses responsabilités, tout en soulignant combien ces actes lui étaient incompréhensibles, on voit clairement que cette figure du monstre restait en creux des échanges entre les victimes et les détenus.

Exercice délicat et inhabituel pour les détenus, la narration des actes commis pouvait se heurter à la hiérarchie des crimes établie en détention et constituer au mieux un frein à l'expression, au pire une mise en danger dans la mesure où dans le groupe se trouvaient aussi des auteurs d'agression sexuelle, dont on connaît la vulnérabilité en milieu carcéral. La confidentialité et la confiance entre participants devenaient des éléments essentiels de leur sécurité et de leur implication. Les différentes tensions observées tant chez les victimes que chez les détenus ne devaient pas être ignorées, elles devenaient des sources de blocage dans le cheminement de chacun, notamment face à la pressante demande de précisions et de détails de la part des victimes. Le cheminement des victimes principalement passait alors par « la quête de récit et de vérité factuelle »¹¹ et le dépassement de l'ambivalence qui en résulte : entre l'empathie et l'identification aux détenus et le rejet des actes criminels qu'ils ont commis.

B.- L'empathie entre participants : un élément paradoxal du cheminement

Les rencontres détenus-victimes questionnent toujours sur ce qui peut faire lien entre des gens qui ne se connaissent pas et surtout ce qu'ils peuvent tisser ensemble. Dès la première rencontre, les échanges se sont vite engagés avec une

¹¹ N. PIGNOUX, « Réparation globale de la victime d'infraction », in J.L. SENON, G. LOPEZ, R. CARIO (dir.), *Psycho-criminologie*, Dunod, 2008, p. 365.

authenticité et une profondeur surprenantes. Signe d'une acceptation inconditionnelle des participants (chacun étant accueilli avec bienveillance par l'autre), cette situation était favorable à l'expression libre du vécu ou du passage à l'acte sans se sentir jugé ou rejeté. À l'instar d'un groupe de parole, il devenait possible d'aborder des sujets qu'il était difficile, voire impossible, d'évoquer en famille ou avec son entourage. À tel point que certains détenus et victimes pouvaient souligner l'exclusivité de nombre de faits ou propos partagés. L'empathie ressentie par les victimes envers les détenus semblait très précoce. Mais comme le souligne Carl Rogers, « un groupe peut démarrer dans une ambiance très animée, mais superficielle, puis progresser, en quelques petites étapes, vers une plus grande liberté. Un autre peut démarrer dans une ambiance très spontanée, riche en expression de sentiments, et faire ensuite un long chemin qui le mènera au développement maximum de son potentiel »¹².

Dans l'expérience de la maison centrale de Poissy, plus proche du second groupe, l'empathie des victimes envers les détenus est devenue problématique dès la deuxième rencontre. La figure du monstre des détenus restée en creux des échanges est sans doute ce qui explique le malaise ressenti par les victimes face à une telle empathie, dans la mesure où elles commençaient à distinguer l'acte, quoique monstrueux, de la personne. Un sentiment de trahison à l'égard de leur entourage et des victimes directes pouvait naturellement découler de cette alliance, à la hauteur d'ailleurs du trouble exprimé. La rencontre les exposait à la situation de double contrainte bien connue en médiation : accepter la collaboration sans trahir leur environnement familial et amical. Ce clivage de loyauté n'est pas à négliger dans la mesure où il pourrait déboucher sur un comportement de désinvestissement, notamment chez les victimes.

En acceptant de participer à ces rencontres, les victimes étaient très sûres de leur altérité, basée tout à la fois sur la souffrance qu'elles avaient subie et, pour deux d'entre elles, sur la décision de justice reconnaissant officiellement leur statut de victime. L'humanité perçue des détenus et la proximité de certains d'entre eux au travers de leurs parcours de vie ou leurs représentations, brisaient cette certitude et rendaient problématique leur engagement. Comme pour la médiation, il existe aussi pour les RDV « l'autre scène » invisible « où se nouent et se dénouent des idées, des représentations, des émotions, des conflictualisations issues de vécus intersubjectifs antérieurs souvent très douloureux »¹³. La famille et les associations de victimes, même absentes physiquement, interviennent dans les représentations des victimes tout comme celles des détenus. Le sentiment de trahison qui peut naître de l'alliance entre détenus et victimes peut s'expliquer par ces différentes tensions.

¹² C. R. ROGERS, « Les groupes de rencontre. Animation et conduite de groupes », *op. cit.*, pp. 44-45.

¹³ B. GAILLARD et J. DURIF-VAREMBONT (dir.), *La médiation. Théorie et pratiques*, *op. cit.*, p. 52.

C.- La coalition des souffrances

Les RDV sont notoirement connus comme moment privilégié de la (re) découverte de l'humain chez chacun des protagonistes. Comme l'a souligné Carl Ransom Rogers, à propos des groupes de rencontre, *« l'individu en vient à se connaître lui-même et à connaître les autres plus complètement que cela ne lui est généralement possible dans ses relations sociales ou professionnelles. Il acquiert ainsi une intelligence profonde de son moi intime et de celui des autres, de ce "moi" qui d'habitude s'abrite derrière une façade »*¹⁴. Au surplus, l'animateur peut être témoin d'une véritable hybridation des deux groupes (détenus et victimes) favorisée par une alliance des souffrances. Durant l'expérimentation restituée, cette alliance pouvait se traduire d'une part, par la prise de conscience, par les détenus, de la souffrance des victimes, brisées à vie : *« je n'avais jamais mesuré l'impact de mon geste à long terme sur la victime »* ou *« j'ai touché du doigt les dégâts causés aux victimes »*. D'autre part, les victimes étaient également déstabilisées par la souffrance vécue par les détenus en détention en raison de la violence carcérale et des pertes causées à leurs familles, entourage et à eux-mêmes.

Outre la reconnaissance mutuelle qu'elle traduit, l'alliance des souffrances favorise l'appréhension de l'humanité des détenus, qui en retour participe au processus de restauration des victimes. Pour autant, l'évolution du groupe pourrait être perturbée par une telle fusion. Il paraît tout aussi nécessaire de maintenir une ligne de partage claire entre les deux groupes pour permettre à chacun de s'exprimer à partir d'une position bien identifiée, en véritable interlocuteur. D'autant que la ligne de partage devenait très ténue dès lors que les échanges entre eux permettaient différentes formes d'identification, les détenus ayant subi dans leur vie différentes formes de violences et d'abandon, alors que les victimes soulignaient la chance qu'elles avaient eue de ne pas basculer, à certaines occasions, dans le passage à l'acte. Paradoxalement, cette part d'ombre de chacun, bien accompagnée par l'animateur, laissait la place à l'approfondissement des échanges, à l'interconnexion et à leur évolution.

D.- Le coup de théâtre

Le pire moment de l'expérimentation fut celui de la découverte d'une condamnation en récidive cachée d'un des détenus auteur de viol. Alors que les échanges au cours de la séance précédente étaient centrés sur la récidive et les moyens de l'éviter, les détenus soupçonnant l'un d'eux d'être récidiviste avaient décidé de produire à la prochaine séance leurs fiches pénales afin de le confronter à ses « incohérences » (quantum de la peine) et ses « mensonges ». L'enjeu était très important pour eux, dans la mesure où ils redoutaient de perdre leur crédibilité

¹⁴ E. MARC, « Un franc-tireur », in C. R. ROGERS, *Les groupes de rencontre. Animation et conduite de groupes*, op. cit..

auprès des victimes qui pourraient de fait remettre en cause l'authenticité de leur démarche et le cheminement entrepris. La brutalité du geste était à la mesure de l'engagement de chacun d'eux. Si leur démarche tranchait sur certains points avec l'esprit des RDV (droit à garder des zones d'ombre), elle le rejoignait sur d'autres (responsabilisation des participants).

Les risques étaient nombreux. Le cheminement des participants est précaire dans la mesure où il dépend du degré de sincérité accordé à la parole d'autrui (détenu ou victime) et du regard posé en retour sur chacun. Un mensonge perçu ou révélé pouvait être dévastateur. Au-delà du fait que les RDV ne sont pas des lieux de jugement où l'on devait apporter la preuve de ce qui est avancé, la démarche envisagée risquait de déboucher au mieux sur la marginalisation du détenu concerné, au pire sur son retrait du dispositif ; avec une fragilité certainement beaucoup plus importante qu'à l'entrée. Il était nécessaire de trouver un mode de gestion de ce conflit adapté à la situation. La gestion en deux temps s'est avérée efficace. Tout d'abord le groupe des détenus fut rencontré séparément avant l'arrivée des victimes afin de désamorcer le conflit et d'étudier ensemble la meilleure manière de le restituer aux victimes. Ce conflit fut ensuite présenté aux victimes en début de séance. Replacé dans un contexte général de cheminement différentiel, les victimes apprécièrent cet aveu attendu, comme gage supplémentaire de la sincérité des échanges. L'évolution perceptible de ce détenu, capable d'assumer désormais ses actes et son statut de récidiviste, est apparue pour ces victimes comme le bénéfice immédiat de leur investissement.

Face à ce coup de théâtre signalant une faille dans la préparation des rencontres, le groupe avait su faire preuve de sagesse et de capacités évolutives insoupçonnées. Cet événement a constitué un tournant important dans le cheminement de chacun et du groupe, dont les effets cathartiques ont été soulignés par nombre de participants dans les entretiens post-séance.

E.- Les bénéfices variables des participants

Quelles étaient les attentes des participants à l'entrée du processus ? La recension de celles-ci au moment des entretiens de sélection et lors du tour de table initial permettait de relever les besoins suivants : le dialogue, la compréhension, l'écoute, l'échange, essayer de répondre aux questions que peuvent se poser encore les victimes, essayer d'être utiles aux victimes. Complétés à la fin de la première rencontre, d'autres mots clés sont venus exprimer leurs attentes : l'empathie, l'écoute et l'humain. Le moment du bilan permettait à chacun de mesurer l'apport des rencontres, les cheminements engagés et les libérations procurées.

1/ Pour les victimes

Il était important pour les victimes d'obtenir des réponses aux questions demeurées sans réponse. L'une d'elles était suspendue à ce qu'elle avait lue dans le dossier d'instruction dans lequel l'assassin de sa fille, parlant des derniers instants, indiquait que la victime la regardait et qu'elle pleurait. La mère de la victime directe voulait savoir si les détenus qui étaient là pensaient aussi aux derniers instants de leur victime et quelle place cela prenait dans leur vie ? Questions auxquelles certains détenus ont répondu en affirmant leur difficulté à oublier les derniers regards et instants de la victime. Dès la fin de l'expérimentation, l'horizon des victimes semblait dégagé. Convaincues du bien-fondé de leur démarche, les rencontres ont permis à certaines d'entre elles d'évoquer plus profondément des situations personnelles (jamais évoquées en famille). Elles ont eu le sentiment d'être à leur tour « réhumanisées » par cette expérience. L'implication dont elles ont fait preuve dans la personnalisation des cadeaux remis aux détenus lors de la dernière séance en est une illustration. Les entretiens post-session organisés par l'INAVEM laissent apparaître des évolutions notables auprès de chaque victime. Le fait le plus marquant s'observe auprès d'une victime qui a repris ses activités artistiques abandonnées depuis sa victimisation.

2/ Pour les détenus

Les bénéfices des détenus se détachent difficilement de leur apport aux victimes. Le bénéfice principal présenté par eux peut se résumer en cette phrase prononcée plusieurs fois lors du bilan : « être entré et sorti du dispositif en tant qu'être humain ». En effet, les détenus ont été touchés de se sentir « réhumanisés », regardés comme tel par des personnes qui avaient toutes les raisons de les considérer comme des monstres. Incarnée par la confiance témoignée par les victimes et la qualité des échanges réalisés, cette dimension humaine peut également s'analyser comme l'une des principales contributions des détenus à la restauration des victimes. En ce sens, le bénéfice pour les détenus est d'avoir permis aux victimes de croire à nouveau en l'être humain grâce à la mise en évidence de leur humanité. De même que la rencontre leur a permis de percevoir de manière palpable la réalité du vécu des victimes (avant comme après le procès) et de modifier ainsi la « figure » qu'ils en avaient.

Plus prosaïquement, la satisfaction tirée de ces rencontres est d'avoir permis également aux victimes de se rendre compte qu'il n'y avait pas toujours d'explication logique du passage à l'acte et qu'il fallait admettre une part d'ombre dans la victimisation qu'elles ont subie afin d'avancer dans leur processus de deuil.

De façon plus personnelle, les entretiens post-session réalisés par les conseillers pénitentiaires d'insertion de probation laissent apparaître des évolutions individuelles assez marquées. Les rencontres sont apparues comme le moment de clore certains chapitres de leur vie, de lâcher prise, de se poser des questions sur la direction prise en détention, de regarder des souvenirs refoulés et de les exorciser.

Un tel travail sur eux-mêmes, qui passait également par la confrontation à leur processus du passage à l'acte, a abouti pour chacun d'eux à une libération et à un apaisement. Plus généralement, ils cheminent désormais vers plus de maturité et de contrôle sur leur vie en gérant mieux les échecs face à leur situation pénale, en assumant plus leur parcours de vie, en envisageant un avenir parmi nous comme possible.

Conclusion

Organiser un espace de rencontre détenus-victimes en France a nécessité le dépassement du puissant paradigme de notre pratique judiciaire qui voudrait que ces deux groupes soient séparés par une cloison très étanche, ne serait-ce par peur d'exposer les victimes à une seconde victimisation face à un processus non maîtrisé. La crainte de déclencher auprès des détenus des émotions et actes susceptibles de nuire à la sécurité de l'établissement (colère, violence, déprime) n'est pas en reste. La mise en place d'une structure très encadrée (cahier des charges, coordination des rencontres, partenariat suivi, accompagnement psychologique) constituait un gage sérieux pour les différentes institutions engagées.

Même si l'inattendu n'est pas à exclure, les rencontres détenus-victimes produisent des effets non négligeables. Pour l'administration pénitentiaire, le soutien apporté à ce projet s'inscrit dans une politique globale de responsabilisation des personnes détenues et de lutte contre la récidive. Elle en attend légitimement des effets très positifs sur les détenus que ce soit dans la prise de conscience de la réalité de la victime, dans la prise en compte des dommages à long terme générés sur les victimes que dans la possibilité d'exprimer une culpabilité qui ne peut avoir d'interlocuteur légitime en détention. Tout comme elle espère, de la part des victimes, une prise de conscience que l'auteur est aussi un être humain, et non plus seulement un « monstre ».

Dans la mesure où les RDV, comme l'ensemble des dispositifs de justice restaurative, ont pour finalité de favoriser pour chaque participant, sa capacité à comprendre ses difficultés, à trouver ses propres solutions et à apporter les changements qui conviennent, une telle ambition institutionnelle n'est pas exagérée¹⁵. Qu'est-ce qui s'est déclenché pendant ces rencontres ? Qu'est-ce qui avance ? Que fait-on avec ? Sont autant de questions que peuvent se poser les professionnels accompagnant les personnes détenues ou les victimes.

¹⁵ V. notamment R. CARIO et P. MBANZOULOU (Dir.), *La justice restaurative : une utopie qui marche ?*, Paris, L'Harmattan, 2010.

En effet, la participation à ces rencontres produit sans conteste des effets variables sur les individus que les conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation peuvent accompagner dans le cadre du travail classique avec le détenu, sur le passage à l'acte ou sur la récidive notamment. De même que les victimes peuvent poursuivre (voire terminer) leur travail de deuil en acceptant plus facilement l'absence de réponses à certaines questions qui bloquaient leur processus de deuil. Les rencontres ont pu être pour elles l'occasion d'analyser des questions restées en suspens. Un accompagnement peut alors plus pertinemment être envisagé sur la base des mêmes questions : qu'est-ce qui s'est déclenché pendant ces rencontres ? Qu'est-ce qui avance ? Que fait-on avec ?

Colloque

DROIT PÉNAL - CRIMINOLOGIE

Les conditions préalables à la mise en œuvre de la Justice Restaurative à la suite de la réforme pénale de 2014

Noémie MICOULET et Aude LE ROUÉ

Co-coordinatrices du Service Régional de Justice Restaurative de l'APCARS

Résumé :

La réforme pénale de 2014 a inscrit dans la loi française la possibilité pour les personnes victimes et auteurs d'infractions pénales de se voir proposer une mesure de justice restaurative. L'article 10-1 du Code de Procédure Pénale définit ainsi les principes fondamentaux, mais également les conditions préalables, notamment de formation, à la mise en œuvre de telles mesures. Au-delà, et afin de permettre un développement de ces pratiques au bénéfice des publics touchés par une infraction, il importe de tisser des partenariats solides permettant de mener à bien des projets de rencontres restauratives.

Summary :

In France, the first victims/condemned meeting to open in a non-custodial environment took place in 2015. These meetings are based on the Quebecois and French victim/offenders meetings. It brought together victims of violent robberies or hold ups and perpetrators of similar crimes. These encounters were carried out with the help of the APCARS's "Ile de France Regional Service on Restorative Justice" (SRJR), the "Penitentiary Integration and Probation Department" (SPIP), and the "National Penitentiary Administration School" (ENAP).

« La définition de la justice restaurative dans la loi est suffisamment large pour permettre d'englober à la fois les expérimentations hétérogènes qui existent en la matière, ainsi que les futures pratiques qui pourront se développer à l'avenir, sous l'impulsion du droit européen, et qui pourront, si nécessaire, être ensuite encadrées par décret »¹.

¹ Rapport du Sénat n° 641 (2013-2014) de Monsieur Jean-Pierre Michel, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 18 juin 2014 portant sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, p. 89.

Toute mesure de justice restaurative se déroule en deux temps : le temps effectif de la ou des rencontres, précédé d'un temps de préparation individuelle de chaque participant.

Cette préparation permet aux participants de manifester leur volonté à participer, d'être informés sur le cadre de mise en œuvre de la mesure, et enfin, à s'assurer de leur capacité à s'insérer dans une dynamique de groupe. En effet, au-delà d'une volonté d'échange ou de dialogue, la victime ne doit pas être dans une posture vindicative et l'auteur doit reconnaître les faits. Ils doivent également être dans une dynamique de participation active, en référence à la notion d'empowerment ou d'appropriation, chère aux Anglo-saxons. Par ce travail de préparation, qui intervient en amont des rencontres et dont la durée varie selon les besoins des participants, le ou les tiers animateurs se posent en garants du respect de chacun et du cadre déontologique, dont les contours sont définis par la réforme pénale du 15 août 2014 (qui inscrit la justice restaurative dans le Code de Procédure Pénale).

L'article 10-1 du Code de procédure pénale définit les principes de mise en œuvre d'une mesure de justice restaurative et permet qu'elle soit proposée à toutes personnes, auteurs ou victimes. L'article 707 IV du Code de procédure pénale, visant les droits des victimes au stade de l'exécution des peines, consacre quant à lui, un droit à la proposition d'une mesure de justice restaurative pour les victimes au stade de l'exécution de la peine. Malgré une avancée certaine, on peut regretter qu'un pareil droit ne soit pas également reconnu au condamné.

Un certain nombre de prérequis sont nécessaires pour permettre l'effectivité d'une mesure de justice restaurative qu'il s'agisse de principes déontologiques généraux, de la formation des intervenants ou de la qualité des partenariats.

I.- Principes déontologiques généraux

Les principes déontologiques, visés par la loi, découlent du code de déontologie élaboré par l'Institut Français pour la justice restaurative.

Toute personne qui participe à un dispositif de justice restaurative doit manifester un consentement libre et éclairé, après avoir reçu une information complète sur le dispositif lors de la préparation et matérialisée par un engagement de principe écrit. Le volontariat est abordé lors de chaque rencontre ou entretien de préparation. Les participants peuvent mettre fin à leur implication à tout moment.

Le principe de la gratuité de la participation des participants est également indissociable d'une mesure de justice restaurative. Les participants n'ont rien à attendre des rencontres restauratives en terme d'aménagement, ou de remise de peine pour les auteurs ni en terme d'indemnisation concernant les victimes.

En vertu du principe de confidentialité, les animateurs de la mesure ne produisent aucun rapport sur la participation de l’auteur notamment. Ce principe peut être levé avec l’accord express des parties, si elles souhaitent faire état de leur participation. Cela est prévu par l’article 10-1 du Code de procédure pénale qui impose également la levée de la confidentialité dans les cas « *où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer les infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République* ». Pour renforcer la confidentialité, il est demandé aux victimes, auteurs et bénévoles, de respecter le principe d’anonymat et s’ils le souhaitent, d’utiliser un surnom.

Le tiers animateur se doit de respecter les principes d’impartialité et de neutralité. Dès lors, il est exclu qu’il ait un lien avec les participants et doit montrer un intérêt identique pour tous. De par leur posture bienveillante, il permet et favorise l’expression de chacun selon ses capacités et ses besoins tout en veillant à conserver l’équilibre du groupe. Toute référence idéologique ou confessionnelle par les animateurs est proscrite.

Enfin, la participation à une mesure de justice restaurative répond à un principe de gratuité, les frais des participants devant être pris en charge par les services porteurs du dispositif.

II.- Les impératifs de formation des animateurs

La loi souligne l’obligation de formation des tiers animateurs. Chaque dispositif de justice restaurative nécessite une formation spécifique. Ainsi dans le cadre de la mise en place des rencontres condamnés-victimes ou détenus-victimes, une formation spécifique au modèle relationnel de Charbonneau et Rossi, d’inspiration rogerienne, forme le cadre théorique de l’animation à ce type de rencontre.

Cette formation à l’animation de mesures de justice restaurative doit nécessairement être complétée par une formation initiale de technique d’écoute et d’entretien plus généraliste.

Enfin, les tiers animateurs ont une culture professionnelle les plaçant en capacité de connaître les problématiques des victimes et des auteurs d’infractions pénales. Ils sont ainsi en mesure, lors de la mise en œuvre d’un dispositif de justice restaurative, d’orienter les participants qui en éprouveraient le besoin, vers des structures relais (psychologue, assistante sociale, barreau, etc.).

Les animateurs doivent savoir se détacher des pratiques liées à la culture professionnelle des corps de métiers dont ils sont issus afin de se positionner comme animateurs de justice restaurative et non comme professionnels de l’aide

aux victimes ou de l'administration pénitentiaire animant une rencontre. Seul ce positionnement permettra de garantir les principes d'impartialité et de confidentialité, tout en encourageant l'expression libre et authentique des ressentis de chacun des participants, auteurs et victimes.

III.- L'importance des partenariats

La justice restaurative vise à favoriser la réparation globale de la victime, la responsabilisation de l'auteur et le rétablissement du lien social. Le travail partenarial entre les différentes institutions chargées d'accompagner les victimes et les auteurs tout en intégrant la société civile est donc incontournable.

Des partenariats sont naturellement construits et à construire entre les services pénitentiaires d'insertion et de probation, les structures associatives de suivi sociojudiciaire et de réinsertion et les associations d'aide aux victimes du réseau INAVEM.

Le niveau d'intensité des partenariats varie en fonction du projet de justice restaurative et de la volonté d'implication des partenaires. En effet, certaines structures ont le désir de s'impliquer dans l'animation ou une co-animation, là où d'autres envisagent leur implication en tant qu'orienteur vers un service dédié de justice restaurative tel que le Service Régional de Justice Restaurative de l'APCARS. Une telle orientation peut être envisagée au travers d'un système de référents justice restaurative, identifiés dans le service et relais auprès des partenaires.

Encadrée par une convention, celle-ci permettra de fixer le cadre de la collaboration, notamment quant à la définition des contours de la confidentialité et du secret partagé entre les services, ainsi que de l'implication financière de chacune des structures.

Afin de soutenir l'articulation des partenariats, l'organisation d'un comité de pilotage pourra associer notamment les différents acteurs du monde sociojudiciaire afin de dresser un bilan du dispositif et favoriser l'émergence de nouveaux projets de justice restaurative.

Enfin, certaines mesures restauratives, notamment les rencontres de groupes indirectes, nécessitent la présence de bénévoles.

Le choix et la formation des bénévoles, inconnus des participants et ayant manifesté leur intérêt pour ce type de dispositif, sont des prérequis à la mise en œuvre de la mesure des qualités humaines de partage, de bienveillance et d'altruisme leur permettent de manifester symboliquement l'intérêt porté par la société à l'infraction et à ses répercussions et promeut la reconstruction du lien social. Soumis comme les animateurs aux principes déontologiques de la justice

restaurative, leur engagement est matérialisé par la signature d'une charte de collaboration bénévole.

Outre les principes requis à la mise en œuvre d'une mesure de justice restaurative, celle-ci ne pourra être réalisée qu'en conservant à l'esprit que le temps de la justice restaurative n'est pas le temps de la justice pénale. Il s'agit ici d'apporter un outil supplémentaire aux personnes désireuses d'obtenir des réponses, de trouver un apaisement personnel : la justice restaurative pour atteindre ses objectifs doit pouvoir s'adapter aux besoins et au rythme des individus.

L'expérimentation des rencontres condamnés victimes en milieu ouvert mené par l'APCARS et le SPIP du Val d'Oise

Noémie MICOULET et Aude LE ROUÉ

Co-ordinatrices du Service Régional de Justice Restaurative de l'APCARS

Résumé :

En 2015 ont eu lieu les premières rencontres condamnés victimes (RCV) en milieu ouvert, en France. Ces rencontres, sont basées sur le modèle québécois et français des rencontres détenus victimes (RDV). Elles ont réuni des victimes de vol avec violence et / ou de braquage et des auteurs de faits similaires. Ces rencontres ont été réalisées en partenariat avec du service régional de justice restaurative Ile de France (SRJR) de l'APCARS, le service pénitentiaire d'insertion et de probation du Val d'Oise (SPIP), et l'École Nationale d'Administration Pénitentiaire (ENAP).

Summary :

The 2014 criminal reform enacted the possibility for victims and perpetrators to resort to restorative justice. Article 10-1 of the Criminal Procedure Code thus defines the fundamental principles and the preliminary conditions (regarding training as well) to implement such measures. Beyond that, and so as to enable the thriving of those practices for the benefit of people affected by a criminal offence, it is important to weave solid partnerships to successfully conduct restorative encounters.

Dès le début de l'année 2013, le Service Pénitentiaire d'Insertion et de Probation (SPIP) du Val d'Oise chargé du milieu ouvert, en partenariat avec le Conseil Général du Val d'Oise, a souhaité développer un projet de rencontres condamnés-victimes, en collaboration avec les associations d'aide aux victimes du réseau de l'Institut National d'Aide aux Victimes Et de Médiation (INAVEM). Parmi les associations du réseau INAVEM, l'Association de Politique Criminelle Appliquée et de Réinsertion Sociale (APCARS), qui anime les bureaux d'aide aux Victimes de Créteil et de Paris, s'est particulièrement mobilisée.

Faute d'avoir pu identifier un nombre suffisant de participants, le projet a cependant dû être reporté. Au cours du premier trimestre 2014, le SPIP 95 et

l'APCARS ont envisagé un partenariat liant les deux structures afin de voir aboutir le projet initié en 2013. Dans le même temps, l'APCARS s'engageait dans le projet de création d'un Service Régional de Justice Restaurative (SRJR), qui a vu le jour en juin 2014. Le projet a donc pu se concrétiser en collaboration avec l'ENAP, malgré le désengagement du Conseil Général.

Une convention de partenariat a été signée le 1^{er} octobre 2014 scellant le partenariat entre l'APCARS, le SPIP 95 et l'ENAP sur la mise en œuvre de rencontres condamnés-victimes (RCV) faisant référence au cahier des charges construit conjointement par le SPIP et le SRJR et au code de déontologie de l'Institut Français pour la Justice Restaurative.

La première session de rencontre condamnés-victimes mise en œuvre dans ce cadre partenarial concerne trois victimes ayant subi un préjudice physique important et trois auteurs, non concernés par la même affaire, mais ayant subi ou commis des infractions similaires de violences volontaires et/ou de braquage. Ces rencontres se déroulent en présence de deux animateurs et de deux représentants de la société civile bénévoles. Elles sont au nombre de cinq, soit quatre rencontres plénières hebdomadaires et une rencontre bilan distancée de deux mois permettant de clôturer le dispositif.

Ces rencontres visent l'établissement d'un échange entre auteurs et victimes dans un cadre sécurisé garanti par les animateurs. Elles tendent à favoriser la réparation de la victime, la responsabilisation de l'auteur et la restauration du lien social. Tout au long du dispositif, les participants peuvent bénéficier d'un soutien psychologique gratuit s'ils en expriment le besoin.

Le projet s'est décliné en plusieurs phases : la phase d'orientation et de choix des publics auteurs et victimes, la phase de préparation et d'animation des rencontres, conjointement à des missions de coordination.

Dans une perspective de développement des bonnes pratiques, une évaluation de la mesure est menée par l'Institut Français de Justice Restaurative (IFJR). Il s'agit d'une évaluation transversale à l'ensemble des acteurs volontaires (participants, intervenants et professionnels) et qui jalonne toutes les étapes de la mesure.

I.- La phase d'orientation et de choix des participants

Les victimes sont issues du bureau d'aide aux victimes du Val de Marne et les auteurs, du SPIP 95. Du fait de la méconnaissance des publics et des professionnels quant aux possibilités offertes par la justice restaurative, une démarche proactive du SRJR et du SPIP s'est avérée indispensable.

L'APCARS, ayant en son sein deux bureaux d'aide aux victimes, la coordinatrice du SRJR a identifié des profils de victimes correspondant à des critères prédéfinis d'infraction et de stade procédural. Environ soixante victimes ont été contactées pour être informées sur la justice restaurative et sur la possibilité de participer à une rencontre condamnés-victimes. La majorité des personnes contactées ont manifesté de l'intérêt pour le dispositif, mais certains freins à leur participation ont été identifiés. Les personnes ont pu notamment indiquer, malgré leur intérêt, qu'elles n'étaient pas prêtes ou indisponibles. Très peu de retours négatifs et de refus fermes et définitifs à ce stade ont été observés. À la suite de l'entretien téléphonique d'information, les animateurs ont reçu les victimes qui le souhaitent à l'occasion d'un premier entretien de préparation.

Les auteurs ont été orientés par des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation (CPIP) du 95 puis vers le groupe projet du SPIP 95, constitué de CPIP formés à la justice restaurative, selon une procédure prévue dans le cahier des charges. Ce groupe projet a été chargé d'effectuer un premier travail de choix à l'aide d'entretiens individuels au cours desquels une information était donnée sur la mesure et sur les conditions de participation. À l'issue de cet entretien, une fiche d'orientation était transmise à la coordinatrice du SRJR pour fixer un premier entretien de préparation avec les animateurs. Face à la lourdeur du dispositif, il a été convenu en cours de construction du projet, que les CPIP transmettraient directement la fiche d'orientation à la coordinatrice du SRJR pour une information et une prise de rendez-vous à un entretien de préparation.

II.- La phase de préparation et d'animation des rencontres

C'est le rôle des animateurs que de garantir une préparation suffisante, pour permettre les rencontres, de tous les participants : les condamnés, les victimes et les représentants de la société civile.

A.- La préparation aux rencontres

Trois entretiens de préparation par participants ont été nécessaires et se sont déroulés sur une période de quatre mois.

La préparation vise plusieurs objectifs :

- expliquer le programme et répondre aux interrogations : objectifs, organisation et règles de conduites, éventualité d'un soutien psychologique, identification des professionnels référents (Association d'aide aux victimes et SPIP) ;

- rappeler les principes déontologiques fondamentaux (confidentialité, anonymat, impartialité, neutralité) ;
- vérifier les motivations et le caractère volontaire de la participation au programme ;
- s'assurer des aptitudes à la rencontre : écoute, participation active et capacité de verbalisation.

Suite à ces entretiens individuels, des rencontres préparatoires en groupes séparés victimes et auteurs, se sont déroulés en présence des deux animateurs, des deux représentants de la société et du psychologue dédié à chaque groupe. Ces rencontres préparatoires permettent la rencontre du groupe auteurs et du groupe victimes séparément, de faire connaissance avec le psychologue, de rencontrer les représentants de la société civile, de pouvoir poser leurs questions, connaître les locaux et envisager toutes difficultés logistiques éventuelles en amont des rencontres plénières.

B.- La préparation des représentants de la société civile

Tout comme pour les participants auteurs et victimes, il importe de préparer les représentants de la société civile dont le rôle doit être défini et précisé pour les partenaires et le groupe avec l'appui de la formation proposée par l'INAVEM et l'IFJR. Ainsi le représentant de la société civile exprime l'engagement de la société auprès des participants et manifeste par sa présence l'intérêt porté par la société à la réparation la plus complète des répercussions de l'infraction et à la réparation des souffrances vécues par tous. Par sa présence bienveillante, il est un témoin et un acteur des rencontres.

Leur préparation permet d'envisager leur rôle et les difficultés auxquelles ils pourraient être confrontés. Ils peuvent solliciter les psychologues dédiés en cas de besoin.

C.- L'animation des rencontres

Le SPIP et l'APCARS ont opté pour un modèle de co-animation et de co-construction de l'animation permettant une complémentarité. La qualité d'animation a pu être assurée par les contacts hebdomadaires entre co-animateurs (contacts téléphoniques et rencontres avant chaque rencontre plénière pour travailler sur le rythme de la rencontre à venir et préparer la future intervention), la supervision de l'ENAP, le support d'une synthèse écrite faite systématiquement après chaque rencontre.

Aucun thème n'était défini à l'avance. Les attentes et les motivations de chacun des participants ont été inscrites sur un tableau permettant de rebondir sur

ceux-ci en temps voulu. Le passage de la parole a été opéré au travers d'un bâton de parole, qui a permis la régulation des échanges et l'équilibre des participations. Les animateurs ont été vigilants à l'expression de chacun à la première personne du singulier, favorisant l'expression authentique des ressentis et visant à éviter des positionnements trop généraux et moins personnalisés.

L'animation, pour être professionnelle et conforme au code de déontologie de l'IFJR, suppose que les animateurs se détachent de leur posture professionnelle pour animer la rencontre. À ce titre, chaque animateur de la RCV, l'un CPIP et l'autre de formation juridique spécifique aux victimes a dû se détacher de ses postures professionnelles.

III.- La coordination

La mise en place des rencontres condamnés-victimes nécessite un travail de coordination sur l'ensemble du projet, allant de l'identification de participants à la gestion des agendas et au travail de synthèse après chaque rencontre.

La coordination en milieu ouvert pose des difficultés spécifiques : le retour au domicile et la gestion des déplacements pour les auteurs et les victimes, l'arrivée et le départ différés des participants, la gestion des collations durant les rencontres, les imprévus liés aux transports notamment.

Après chacune des rencontres, préparatoires, plénières ou de bilan, un retour est fait avec chacun des animateurs et des représentants de la société civile, quant à leurs ressentis et difficultés éventuelles soulevées par les rencontres. Ce recueil de la parole des participants fait l'objet d'une synthèse, qui est ensuite diffusée à ces quatre personnes.

Cette synthèse :

- Met en évidence les aspects du cadre de la rencontre qui mériteraient d'être approfondis ou rappelés par les animateurs ;
- Permet le partage des difficultés éprouvées pour la recherche de solutions avant la rencontre suivante et fait des liens par rapport aux propos des participants et à leurs postures ;
- Constitue un support indispensable pour la préparation à l'animation des rencontres et un outil très pertinent pour les représentants de la société civile.

L'évaluation qui se déroule avant, pendant et après les rencontres permettra de mettre en lumière les bonnes pratiques et celles nécessitant une amélioration.

D'ores et déjà, les acquis de cette première session de rencontres condamnés victimes en milieu ouvert nous permettent d'envisager de façon très satisfaisante les apports d'un tel dispositif pour chacun des intervenants et d'envisager la mise en œuvre de nouveaux projets.

Variations

La question autour de la date de l'accession de Mayotte au régime de Département¹

Thomas M'SAÏDIÉ

Maître de conférences en droit public au Centre Universitaire de Mayotte

Résumé :

La loi organique n° 2010-1486 du 7 décembre 2010 prévoit l'érection de Mayotte en département dès « la première réunion suivant le renouvellement du conseil général de Mayotte en 2011 ». Le déroulement de cette réunion s'est opéré en totale méconnaissance des règles de quorum fixées dans le code général des collectivités territoriales [CGCT]. Alors même que celle-ci s'est déroulée dans des conditions juridiquement discutables, les autorités publiques [Ministre de l'outre-mer, préfet de Mayotte, Président de la République] ont affirmé sans équivoque que ce territoire ultramarin est bel et bien département depuis le 31 mars 2011. Cette affirmation sera relayée par les médias locaux et nationaux [Le Figaro, RFI...].

La présente étude se propose de déterminer juridiquement la date à partir de laquelle la transformation de Mayotte en Département est effective.

Summary :

The organic law n°2010-1486 of 7 December 2010 scheduled that the transformation of Mayotte into an overseas department would start from "the first meeting following the renewal of the General Council of Mayotte in 2011". This meeting took place even though the quorum requirements referred to in the General Local Authorities Code (CGCT) were not met. This meeting thus took place in spite of the law. Yet, the public authorities (the Ministry of Overseas Territories, the prefect of Mayotte, the French President) have reasserted Mayotte had become an overseas department on 31 March 2011. This information has since been relayed by local and national medias (Le Figaro, RFI...). This study aims at identifying the actual date Mayotte legally became a French Overseas Department.

« Cette départementalisation, je vous l'avais promise. Cette promesse, j'avais le devoir moral de la tenir », ainsi martelait Nicolas Sarkozy, alors Président de la République, lors de son discours à Mamoudzou le 18 janvier 2010. Si unanimement les Mahorais conviennent que le discours fort

¹ La présente étude a été rédigée le 31 mars 2011, après la tenue discutable de la première réunion suivant le renouvellement du conseil général. Le contexte était particulier pour Mayotte, puisque le jour même elle devait accéder au régime de département et région défini à l'article 73 de la Constitution.

symbolique et incisif de l'ancien Président de la République sur l'avenir institutionnel de Mayotte prononcé le 18 janvier 2010 a entendu rompre avec les attermolements des gouvernements passés, il a eu pour objet d'instaurer « *un pacte avec des droits et des devoirs* ».

Cette volonté d'ériger Mayotte en département a trouvé expression dans les lois organique et ordinaire du 7 décembre 2010. Cependant, la loi organique n° 2010-1486 du 7 décembre 2010 a fixé l'introduction de ce statut à la « *première réunion suivant le renouvellement du conseil général de Mayotte en 2011* ».

Néanmoins, il résulte des dispositions de l'article L. 3122-1 du Code général des collectivités territoriales [CGCT] que le déroulement de la réunion ne peut intervenir sans le respect du quorum, lequel impose la présence d'un nombre minimum de personnes membres du corps délibératif en dehors duquel l'assemblée délibérante ne peut valablement délibérer. La difficulté rencontrée en l'espèce est que lors de cette première réunion, visée par le législateur, les élus de la majorité présidentielle (anciens membres de l'UMP) n'ont pas souhaité y prendre part, pour des raisons parfois sibyllines et peu convaincantes. Leur absence a eu pour conséquence l'impossibilité de constituer le quorum. Le doyen d'âge, conformément aux règles prévues dans le CGCT (voir l'article précité), après avoir constaté que le quorum n'était pas atteint au début de la séance a mis fin à celle-ci. Les élus de l'opposition ont continué la réunion, élisant ainsi à titre symbolique le plus jeune membre qui faisait, par ailleurs, office de secrétaire.

Suite à cette première réunion du 31 mars 2011, Marie-Luce Penchard, alors Ministre de l'outre-mer², et Hubert Derache, alors Préfet de Mayotte, ont déclaré que le département était bel et bien effectif. Cette information a été relayée par les médias locaux et nationaux notamment Le Figaro du 31 mars 2011 qui mentionne que « *l'île devient officiellement le 101^e département français ce jeudi, malgré le report de l'élection du président de son conseil général* »³.

Une telle affirmation peut-elle être justifiée par le seul fait que la réunion a eu lieu ? En d'autres termes, l'ouverture de la réunion suffit-elle à permettre l'accession de Mayotte au régime de département et de région, ou celle-ci est-elle nécessairement subordonnée à l'élection du président du conseil général, c'est-à-dire à la validité de la réunion ? Quelle est donc en définitive la date à laquelle le « Département de Mayotte » a pu être valablement constitué ?

² On peut lire dans le communiqué de presse publié le jeudi 31 mars 2011 sur le site du gouvernement réservé à l'outre-mer que « Le Conseil général de Mayotte s'est réuni ce jour, marquant la création du Département de Mayotte. Faute de quorum, il n'a pas pu élire son président, qui ne sera choisi que dimanche ».

³ « Mayotte : un département plombé par la crise », *Le Figaro* du 31 mars 2011.

Si, la date à laquelle le « Département de Mayotte » devait valablement être constitué soulève tant de difficultés et d'approximations, en ce qu'elle révèle la méconnaissance de certaines règles pourtant élémentaires par les autorités publiques, justifiant les positions contradictoires, c'est sans doute parce que l'introduction de celui-ci en date du 31 mars 2011 demeure discutable (I), et ce d'autant plus que sa consécration valable n'a pu être constatée qu'à une date ultérieure à celle-ci (II).

I.- L'accession discutable au régime de département à partir de la première réunion

La loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009, relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte, encadre l'accession de Mayotte au régime de département. Elle mentionne sans équivoque qu'« à compter de la première réunion suivant le renouvellement de son assemblée, la collectivité départementale de Mayotte est érigée en collectivité régie par l'article 73 de la Constitution ». Néanmoins elle ne précise aucunement que cette réunion doive nécessairement aboutir à l'élection du président du Conseil général – aujourd'hui président du Conseil départemental. La loi organique du 7 décembre 2010 reste là aussi totalement silencieuse. Son article 2, que le juge constitutionnel considère, par ailleurs, comme conforme à la Constitution, dans sa décision n° 2010-619 DC du 2 décembre 2010, n'en fait tout bonnement pas mention.

Doit-on comprendre pour autant que l'absence d'élection du président du Conseil général Mayotte faute de quorum rend la réunion inexistante, et par conséquent empêche l'accession effective de ce territoire au régime de département ?

À cette question, le préfet de Mayotte répondait, de manière catégorique, à Sufati Toumbou-Dany lors du journal télévisé de « Mayotte 1^{ère} » du 31 décembre 2011, que le Département a bel et bien été constitué. L'interprétation du Gouvernement va également dans ce sens. En effet, Marie-Luce Penchard, alors Ministre de l'Outre-mer, estime que le quorum ne peut faire obstacle à la constitution de la réunion. Et dès lors, le Département serait officiellement créé dès le jeudi 31 mars 2011.

Si l'on opère une interprétation stricte des dispositions de la loi organique du 7 décembre 2010, cette appréciation est défendable, en ce que le législateur organique n'introduit aucune autre condition que la « réunion suivant le renouvellement » de l'assemblée délibérante. De plus l'article 37 subordonne l'entrée en vigueur de la loi organique hormis les articles 30 à 35 à compter de cette première réunion. Dit autrement, la tenue de cette première réunion permet à cette loi organique de déployer la plénitude de ses effets. De la sorte, l'on pourrait

croire, à tort, que le seul fait que la réunion a eu lieu suffit à permettre l'accession de Mayotte au régime de département tel que défini à l'article 73 de la Constitution, en dépit du non-respect des conditions instaurées par le législateur sur sa validité. Une telle lecture ne peut être faite sans prudence. Cette opération interprétative doit être menée à l'aune de la jurisprudence qui impose le respect de des règles du quorum, seul à même de conférer une validité à la réunion. Cette dernière, si elle ne souffre d'aucune irrégularité, permet nécessairement l'élection du président du Conseil général, et par là même la consécration valable du « Département de Mayotte ».

II.- L'accession valable au régime de département à partir de la deuxième réunion

La consécration du « Département de Mayotte » n'est intervenue que le 3 avril 2011. Pour autant, selon les autorités publiques, elle ne saurait remettre en cause la date à laquelle l'île au Lagon serait considérée comme « Département de Mayotte »⁴. Une telle affirmation, qui ne peut être soutenue sans prudence, découle d'une lecture rigide de la loi organique du 7 décembre 2010. Très peu disert, elle conditionne l'érection de Mayotte en département au déroulement de la réunion. Néanmoins, la validité de la réunion remet profondément en cause cette affirmation pourtant défendue vigoureusement par le gouvernement et son représentant dans le nouveau Département, sans doute pour des raisons politiques patentes.

Si l'on opère une lecture souple de ces mêmes dispositions, l'idée selon laquelle Mayotte serait un département depuis le 31 mars 2011 présente de sérieuses failles juridiques. Ainsi, elle semble en décalage avec la pratique effective de la règle de quorum, laquelle impose la présence physique de deux tiers de ses membres pour pouvoir délibérer, sans quoi la réunion « *se tient de plein droit trois jours plus tard* »⁵.

Ici, force est d'admettre que le quorum conditionne le déroulement de la réunion suivant le renouvellement de l'assemblée délibérante. En d'autres termes une réunion ne peut avoir lieu sans que le quorum soit atteint, et ce d'autant que ce dernier doit être vérifié avant celle-ci. La régularité d'une telle réunion est remise en cause⁶. Ainsi que l'a jugé le Conseil d'État, « le quorum doit être atteint au début de la séance qui ne peut être régulièrement déclarée

⁴ Pour une étude approfondie sur le « Département de Mayotte », nous renvoyons à notre article, « Mayotte un département perpétuellement transitoire », *RRJ*, 2015-3, mars 2016, à paraître.

⁵ Article L. 3122-1 du CGCT.

⁶ TA, Amiens, 9 février 1988, *Gainec c/ Cne de Oissy*, Lebon T. 653.

ouverte qu'après vérification du quorum »⁷. L'analyse menée par Jean-Pierre Courtejaire et Michel Verpeaux⁸ corrobore cette affirmation.

Cette exigence est d'autant plus importante qu'en cas de suspension de séance, le juge impose la vérification du quorum à la reprise de celle-ci⁹, « sauf s'il ne s'agit que d'une courte interruption de séance de pur fait »¹⁰.

Dans la mesure où la présence de deux tiers des conseillers généraux – aujourd'hui conseillers départementaux – est la condition *sine qua non* pour que le doyen d'âge puisse procéder à l'ouverture régulière de la séance, en vertu des règles relatives au quorum, l'on peut/doit considérer que la réunion qui s'est déroulée le 31 mars 2011 à l'hémicycle Younoussa Bamana n'a pas permis de rendre effectif le « Département de Mayotte ». Ainsi, celle-ci ne pouvait valablement être déclarée au regard de la jurisprudence *Lefèvre* précitée. Par conséquent, l'érection de Mayotte en collectivité régie par l'article 73 de la Constitution n'est valablement effective qu'à partir du 3 avril 2011, lors de l'élection du président du Conseil général. Par ailleurs, dans l'hypothèse où les élus avaient été tentés de réitérer leur comportement, pour le moins critiquable (bien que couvert par l'article L. 3122-1 du CGCT) le dimanche 3 avril 2011, leur absence n'aurait pas pu empêcher l'effectivité du département puisque la condition de quorum aurait été inopérante, tout comme leur abstention¹¹ lors du vote.

En définitive, le « Département de Mayotte » n'a pas pu être légalement constitué lors de cette première réunion qui a suivi le renouvellement de l'assemblée délibérante. En réalité, bien que matériellement la réunion ait eu lieu, elle ne saurait être regardée comme étant régulière à la lumière de la jurisprudence précitée, étant entendu que son déroulement demeure profondément subordonné au respect des règles relatives au quorum. Pourtant, la pratique institutionnelle et législative semble ignorer cette impérieuse nécessité. Il n'est pas rare que des textes officiels ne reprennent expressément la date du 31 mars 2011 comme point de départ du « Département de Mayotte ». Une telle référence marque la négation par les autorités publiques des règles du quorum, qui devrait pourtant connaître une application stricte, notamment lors de l'élection des présidents.

⁷ CE, 23 mars, 1988, *Lefèvre*, req. n° 89992, Lebon 293. V. également CE, ass., 11 décembre 1987, *Élection du président du Conseil régional de Haute-Normandie, le Vern c/ Fossé*, req. n° 77054, Lebon 415.

⁸ V. en ce sens, J-P. COURTEJAIRE et M. VERPEAUX, « L'élection des présidents des assemblées locales et le quorum », *AJDA*, 2004, p. 954.

⁹ CE, 4 novembre 1936, *El. De Plestant*, Lebon 956.

¹⁰ CE, 18 novembre 1931, *Leclert et Lepage*, Lebon 992.

¹¹ En vertu de la jurisprudence *Canet* (CE, 26 mars 1915, Lebon 100) le quorum n'est pas conditionné par la participation effective des conseillers aux votes, mais celui-ci « ne dépend que » de leur présence.

TABLE DES MATIÈRES

DOCTRINE

DROIT CONSTITUTIONNEL – DROIT COMPARÉ

Le Conseil constitutionnel et l'argument de droit comparé

Josselin RIO 1

DROIT DES OUTRE-MER – SCIENCE POLITIQUE

Les limites à la préférence régionale à l'embauche dans les Outre-mer

André ORAISON 99

DROIT DES OUTRE-MER – DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

La jouissance par la population de Mayotte des droits découlant de la citoyenneté de l'Union européenne

Thomas M'SAÏDIÉ 133

DROIT ADMINISTRATIF – SOFT LAW

Le droit souple au secours du règlement ? De l'usage approprié des lignes directrices pour les congés bonifiés

Edwin MATUTANO 143

DROIT DES AFFAIRES – DROIT OHADA

Le régime juridique de la rémunération des dirigeants sociaux en droit OHADA

Roger NEVRY 157

DROIT PENAL – DROIT COMPARÉ

Réflexions libres autour de la répression de l'instigation

Cathy POMART 187

COLLOQUE

La justice restaurative

La justice restaurative dans le monde... et en France

Robert CARIO 202

L'article 10-1 de la Loi du 15 août 2014 - « De la justice restaurative »

Robert CARIO 215

L'expérimentation des rencontres détenus-victimes à la maison centrale de Poissy : enjeux et résultats observés

Paul MBANZOULOU 225

Les conditions préalables à la mise en œuvre de la Justice Restaurative à la suite de la réforme pénale de 2014

Noémie MICOULET et Aude LE ROUÉ 239

L'expérimentation des rencontres condamnés victimes en milieu ouvert mené par l'APCARS et le SPIP du Val d'Oise

Noémie MICOULET et Aude LE ROUÉ 245

VARIATIONS

La question autour de la date de l'accession de Mayotte au régime de Département

Thomas M'SAÏDIÉ 251

Achevé d'imprimer en février 2016
Reprographie de l'Université de La Réunion
Dépôt légal : décembre 2015
N°ISSN 1630-6910