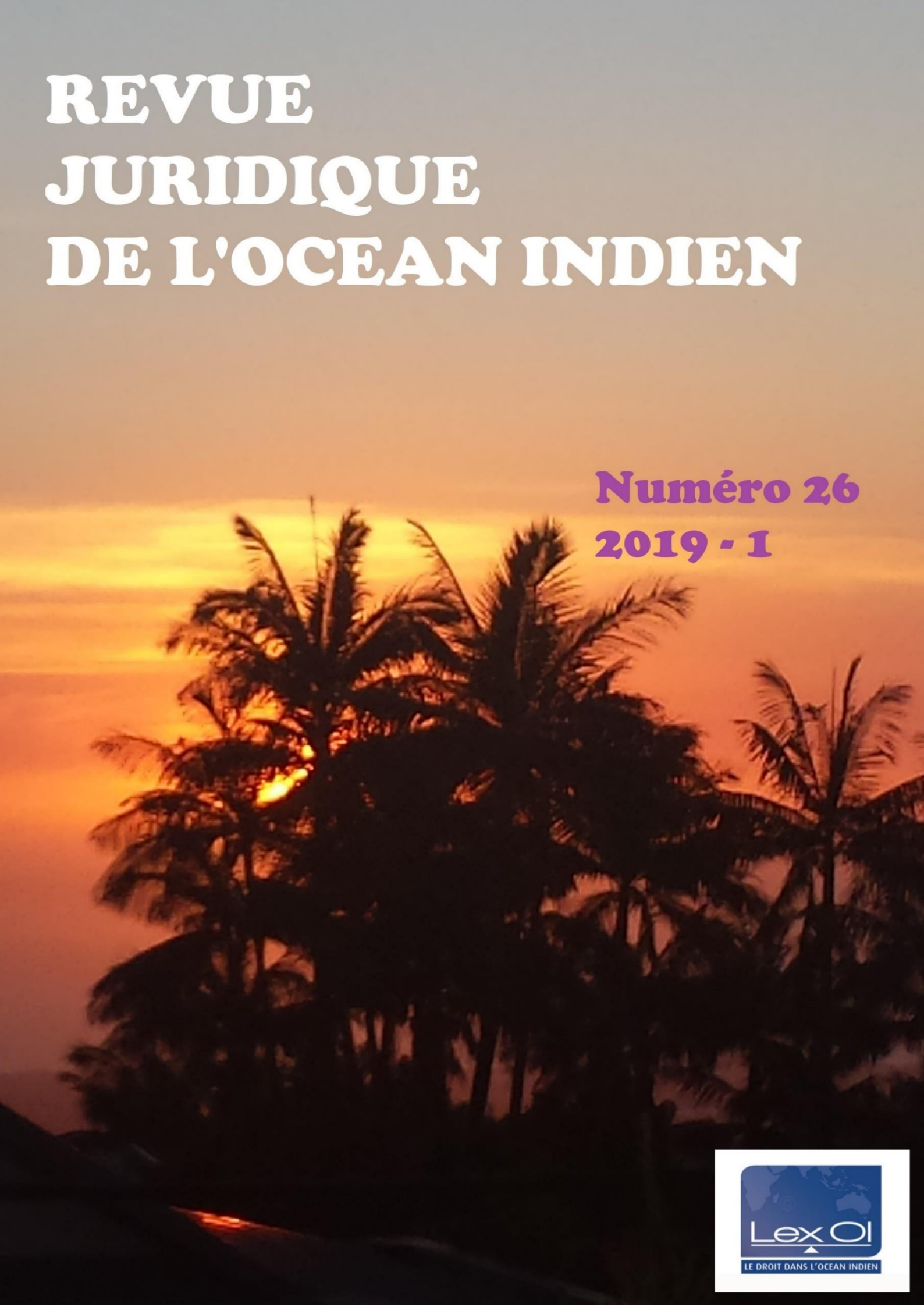
REVUE JURIDIQUE DE L'OCEAN INDIEN



Numéro 26
2019 - 1

Lex OI
LE DROIT DANS L'OCEAN INDIEN

La Revue

I. RÉDACTION

- Safia CAZET, Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de La Réunion (responsable des chroniques de jurisprudence administrative) ;

- Olivier DUPÉRÉ, Maître de conférences en droit public à l'Université de la Réunion (direction générale) ;

- Romain LOIR, Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université de La Réunion (responsable des chroniques de jurisprudence judiciaire)

II. SOUMISSION DES CONTRIBUTIONS

Toutes les propositions de contributions respecter la charte graphique de la *Revue*, disponible ici : https://www.rjoi.fr/index.php?id=6754

- **Tribunes, Articles, Actes, Recensions bibliographiques** :

Les propositions de contributions doivent respecter la charte graphique intitulée « Doctrine », et être adressées à l'adresse électronique suivante :
olivier.dupere@univ-reunion.fr

Les Tribunes sont publiées avec l'accord du Directeur de la *Revue*. Elles ne doivent pas excéder deux pages, dans le respect de la charte graphique.

Les propositions d'Articles reçues, seront soumises à l'examen de deux membres Comité de lecture, dont les avis devront être favorables sans réserve. La composition du Comité de lecture est en cours d'actualisation, et sera bientôt affichée sur Internet. Aucune limite n'est fixée *a priori* quant au nombre de pages ou de caractères, mais le Comité de lecture et le Directeur se réservent, à ce propos, le droit d'exiger toute modification qu'ils jugeraient raisonnable.

Les Actes sont publiés sous la responsabilité scientifique des organisateurs de la manifestation dont ils ont vocation à présenter les résultats, avec l'accord du Directeur de la Revue.

Les Recensions bibliographiques sont publiées avec l'accord du Directeur de la Revue.

- **Chroniques de jurisprudence** :

Les équipes de chroniqueurs sont constituées par les responsables de chaque chronique. Les rejoindre suppose l'invitation ou l'acceptation d'une proposition par ces derniers, qu'il est possible de contacter aux adresses électroniques suivantes : safia.cazet@univ-reunion.fr romain.loir@univ-reunion.fr

Les chroniques doivent respecter la charte graphique intitulée « Jurisprudence ».

III. PUBLICATIONS

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

Toute copie, reproduction ou utilisation de la *Revue juridique de l'Océan* doit être effectuée dans le strict respect du Code de la propriété intellectuelle.

Tables des matières du numéro 26

I – Articles

L'évaluation du risque requin et la détermination des orientations de sa gestion.
Perspectives judiciaires franco-mauriciennes……**7**
Olivier DUPÉRÉ

Le fait culturel saisi par le droit……**43**
Vanille RULLIER

Étude de l'efficience économique de la fiducie-sûreté
et de l'opportunité de son introduction en droit malgache……....**87**
Dina Narindra RAHAGA

Le testament dans le droit des États de l'Océan Indien :
Afrique du Sud, Comores, Madagascar, Maurice, Mozambique, Seychelles….**131**
Christelle RINGWALD

Démocratie locale et décentralisation à Madagascar.
Essai sur la notion d'impératif de citoyenneté dans la gouvernance locale…….**185**
Tsantaniaina Herizo ANDRIAMIFIDY

Assessing the effectiveness of the African Charter and
its corresponding mechanisms for the Human rights violations in Mauritius….**205**
K. Priyanka DWARKA

II – Actes

Colloque organisé par le Centre de Recherche Juridique (E.A. 14, Université de La Réunion), les 16 et 17 novembre 2017 – sous la direction de Cathy Pomart

Regards croisés sur les addictions

Propos introductifs……**239**
Dr David MÉTÉ

Addictions, la dimension soignante……...**243**
Jean-Pierre COUTERON

Propos anthropologiques sur les nouveaux usages et les nouvelles valeurs…...**249**
Emmanuel SOUFFRIN

Tendances de consommation et approches socio-pénales
des politiques de lutte contre les addictions……**257**
Ivana OBRADOVIC

Addictions et droit : l'aliénation de la personne…….……**273**
Céline KUHN

L'appréhension juridique des addictions. Le choix législatif national……**285**
Cathy POMART

Table-ronde n°1
Les pratiques pénales à La Réunion…….....…**299**
Mathilde LECHAUVE, Éric TUFFÉRY, Patrick VERNET

Addictions et grossesse – Le syndrome d'alcoolisation fœtale……..**309**
Vâni HOAREAU

Addictions, sport, dopage – Aspects juridiques……..……**323**
Mathieu MAISONNEUVE

Sports, dopage et addictions……..…….**331**
Marie-Claude GALLAND

De la prohibition des drogues à la réduction des risques liés à leur usage…..…**337**
Note prospective sur une antinomie juridique
Renaud COLSON

Co-construire en addictologie……..……..**347**
Armelle CROSSE et Patrice HEMERY

Table-ronde n°2
Prendre en charge les addictions avec le droit,
plutôt que malgré le droit ou contre le droit

Première partie
Attentes des praticiens des secteurs médico-social
et de la justice à La Réunion……**355**
José ALAMELOU, François APPAVOUPOULLÉ, Armelle CROSSE, Frédéric DURAND, Diane GEINDREAU, Patrice HEMERY, Marie-Line LADERVAL, William LEDERER, Nathalie LAOT

Seconde partie
Attentes des praticiens du secteur médico-social
dans la zone Océan Indien……...…….**371**
Pooman Kangloo Bissessur, Andriantahiana Rabezato, Ali Mohamed Youssouf

Table-ronde n°3
Réponses et expérimentations possibles
au plan national et à l'échelle de La Réunion……..……**377**
Timothée BALESTRERI, Laure BENITAH, Xavier de BONNAVENTURE, Renaud COLSON, Jean-Pierre COUTERON, Patrice HEMERY, Cathy POMART, Brian TOURRÉ

L'évolution du cadre juridique de la lutte contre le trafic de stupéfiants
en droit de l'Union européenne……..**393**
Hélène PONGÉRARD-PAYET

Le cadre juridique international de la lutte contre les stupéfiants……..…….**421**
Perrine SIMON

L'intervention de l'État en mer dans la lutte contre le narcotrafic…….….**431**
Xavier de BONNAVENTURE

Approche du droit comparé dans la zone Océan Indien.
L'exemple du droit mauritien……..…**439**
Johan MOUTOU-LECKNING

Table-ronde n°4
Le renforcement de la coopération régionale
en termes de lutte, d'harmonisation des droits et de prise en charge…… …..**447**
Jean-Pierre COUTERON, Cédric-Gustave DODIN, Rehnu GOWRY-BHURRUT, Mathilde LECHAUVE, Bruno MESLET, Brian TOURRÉ

III – Recension d'ouvrage

Léa Havard,
L'État associé.
Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique Sud……..……..**459**
Mathieu CARNIAMA

IV – Chroniques

I. Chronique de jurisprudence judiciaire……**467**

II. Chronique de jurisprudence administrative……..…**475**

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT
DROITS DE L'OCÉAN INDIEN

L'évaluation du risque requin et la détermination des orientations de sa gestion. Perspectives judiciaires franco-mauriciennes

Olivier DUPÉRÉ

Maître de conférences en droit public à l'Université de La Réunion

Directeur de la *Revue juridique de l'Océan Indien*

Résumé

Faisant suite à la première décision judiciaire mauricienne en matière de risque requin, cet article a pour objet de comparer le raisonnement du tribunal environnemental mauricien à celui que la juridiction administrative française a développé en ce même domaine dans le contexte de la crise requin réunionnaise. L'étude de ces raisonnements montre qu'ils déterminent les structures juridiques des politiques de gestion du risque requin. Si ces structures apparaissent foncièrement différentes, cette divergence ne doit pas occulter d'importantes convergences méthodologiques dans les raisonnements des deux juridictions (c'est-à-dire dans la manière dont ces structures pourtant différentes jouent ou trouveront à jouer), de nature à justifier le développement d'interactions entre l'approche réunionnaise de réduction de ce risque et l'approche mauricienne de précaution.

Mots-clés

Requin – Risque – Obligation de réduction – Principe de précaution – La Réunion – Maurice

Abstract

Following the first Mauritian judgment regarding shark-related risks, this article aims to compare the Environment and Land Use Appeal Tribunal's reasoning to that developed by the French administrative courts in the same field within the context of Reunion Island's shark crisis. The study of these reasonings shows they are decisive in shaping the legal frameworks of shark risk management policies. If these frameworks appear to be fundamentally different, this divergence must not hide any consequential methodological points of convergence in both

courts' reasonings (that is to say with respect to the way in which theses frameworks are or will be applied, despite their differences), so as to justify the development of interaction between Reunion Island's approach to the reduction of shark-related risks and the Mauritian precautionary approach.

Key-words

Shark – Risk – Reduction obligation – Precautionary principle – Reunion Island – Mauritius

NB 1 – Cet article a été réalisé en vue de contribuer au projet OCÉAN METISS (porté par l'État, la Région Réunion et l'Université de La Réunion, ce projet a l'Union européenne pour partenaire financier et la Commission de l'Océan Indien pour partenaire technique, et pour objet de créer les conditions nécessaires au développement de la planification des espaces maritimes dans le Sud-Ouest de l'Océan Indien) – https://www.oceanmetiss.re/

NB 2 – J'adresse mes remerciements les plus sincères à Loïc Peyen, maître de conférences en droit public à l'Université Toulouse I Capitole, pour sa relecture critique de la première version de cet article, qui a permis de lui apporter plusieurs précisions appréciables.

NB 3 – Version actualisée et corrigée au 19 novembre 2019.

La « crise requin » s'ancre de manière lancinante dans le paysage réunionnais, suscitant plusieurs contentieux de la part de ceux qui désespèrent désormais de pouvoir pratiquer sports de glisse, baignade et pêche traditionnelle (notamment) dans des conditions acceptables de sécurité[1]. Depuis 2013, plusieurs actions en référé-liberté ont notamment été introduites devant les juridictions administratives[2], en vue d'amener ces dernières à enjoindre aux autorités administratives compétentes (en pratique, il s'agit de l'État à titre principal) de définir puis mettre les mesures propres à prévenir le risque[3] exceptionnel que fait peser la circulation côtière des requins tigres et des requins bouledogues sur les pratiquants des activités susmentionnées[4].

---

[1] D'origine médiatique, l'expression « crise requin » désigne la situation issue de la recrudescence des attaques de requin à La Réunion depuis 2011 (sept attaques recensées cette année-là, dont deux mortelles), dans le contexte : d'un fort développement des usages récréatifs de l'Océan et des secteurs économiques relatifs à ces derniers (depuis une dizaine d'années alors) ; de la création en 2007 de la Réserve naturelle nationale marine de La Réunion (dans le périmètre de laquelle, ou à proximité immédiate duquel ont eu lieu la plus grande partie de ces attaques) ; du changement climatique et d'une forte progression pluri décennale de l'aménagement et de l'urbanisation des territoires de la côte Ouest. La notion de « crise » renvoie au caractère soudain de cette recrudescence, à la multiplicité et l'intrication de ses déterminants, aspects et conséquences (qui sont d'ordre à la fois environnemental, économique, social et politique).

[2] Le référé-liberté est une procédure d'urgence qui peut être intentée devant les juridictions administratives françaises, et dont le régime juridique est ainsi défini par l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ».

[3] Le risque est ici défini comme la situation qui résulte de l'exposition d'un enjeu à un aléa – ce n'est pas forcément le sens dans lequel il est employé par les auteurs des citations faites au cours de cet article. Dans cette perspective, le risque requin résulte donc de l'exposition des pratiquants de certaines activités à la présence de requins dont l'espèce est connue pour avoir été à l'origine d'un nombre d'attaques relativement élevé sur les personnes, en des circonstances plus ou moins précises. La « crise requin » réunionnaise, à cet égard, désigne la situation issue d'une concrétisation jugée paroxysmale du risque requin.

[4] Il n'est pas question ici de caractériser de manière exhaustive le risque requin réunionnais, mais simplement d'en donner une idée suffisante pour pouvoir comprendre les enjeux de la réflexion développée dans cet article. À l'échelle mondiale, le nombre d'attaques de requin et le taux de décès consécutif tendent à évoluer en sens inverse depuis le début du XXème siècle : le nombre d'attaques non provoquées augmente tandis que le taux de décès consécutif diminue,

À deux cents kilomètres de La Réunion, Maurice ne connaît assurément pas de « crise requin », mais l'expérience de son île-sœur y est bien connue et incite depuis quelques années certains particuliers, ainsi que les représentants de leurs intérêts, à demander aux pouvoirs publics la prise en compte de l'existence d'un risque requin mauricien. C'est ainsi que l'*Association of Hoteliers and Restaurants (AHRIM)*, la *Sea Users Association* et divers particuliers ont entrepris en 2017 de contester l'autorisation environnementale relative à un projet de ferme aquacole, octroyée à la société *GrowFish* par le ministre mauricien en charge de l'environnement et du développement durable (prévue hors lagon sur la côte Ouest de l'île, le projet vise à créer une immense ferme aquacole, qui serait la plus vaste de l'Océan Indien). Le premier moyen des requérants, en ses deux premières branches, critiquait effectivement l'autorisation environnementale à deux titres : d'abord, pour avoir sous-estimé la probabilité d'accroissement du nombre de prédateurs marins (et notamment, de requins) dans la zone des cages d'aquaculture une fois installées et ses environs (cette zone étant relativement proche du lieu d'exercice de multiples activités maritimes pratiquées, en particulier, par de nombreux touristes) ; ensuite, pour avoir en conséquence sous-calibré les prescriptions destinées à éviter ou réduire cet aléa.

L'objet de l'article est de permettre une première comparaison entre les décisions rendues par la juridiction administrative française et la juridiction mauricienne de première instance compétente pour les contentieux relatifs à l'environnement et à l'utilisation des sols (the *Environment and Land Use Appeal Tribunal*, ci-après le tribunal environnemental mauricien ou le tribunal). La jurisprudence administrative française en la matière est dominée par l'ordonnance de référé-liberté rendue le 13 août 2013 par le Conseil d'État, statuant en appel de l'ordonnance rendue en première instance par le Tribunal administratif de La Réunion[5], et toujours d'actualité comme ces deux juridictions l'ont récemment rappelé[6]. Quant au tribunal environnemental mauricien, il a inauguré la

---

tous deux d'une manière très prononcée (source : https://www.floridamuseum.ufl.edu/shark-attacks/trends/fatalities/ – consulté le 8 septembre 2019). Dans ce contexte, les attaques survenues à La Réunion aboutissent à une surreprésentation de l'île dans les statistiques mondiales relatives aux attaques de requins, tant en ce qui concerne leur nombre que – et bien plus franchement encore – le taux de décès consécutifs à celles-ci (voir par exemple, sur ce point : **F.** TAGLIONI **et S.** GUILTAT, « Le risque d'attaques de requins à La Réunion – Éléments d'analyse des attaques et contextualisation d'une gestion contestée », *Echo*Géo, 2015, https://journals.openedition.org/echogeo/14205#tocto2n4 – consulté le 8 septembre 2019).

[5] C.E., ord., 13 août 2013, *Ministre de l'Intérieur c./ Commune de Saint-Leu* (affaire n° 370.902) – *A.J.D.A.*, 2013, p. 2105 (note O. LE BOT) ; *R.J.O.I.*, 2014, n° 18 (note L. PEYEN, disponible en ligne : https://www.rjoi.fr/index.php?id=5954 – dernière consultation le 19 septembre 2019).

[6] T.A. La Réunion, ord., 5 juillet 2019, *Association Océan Prévention Réunion et autres* (affaires n° 1901011, 1901012, 1901013, 1901014) ; et le rejet lapidaire de l'appel fait contre cette ordonnance devant le Conseil d'État, au motif que celui-ci était manifestement mal fondé – C.E., ord., 25 juillet 2019, *Association Océan Prévention Réunion et autres* (affaire n° 432.876).

jurisprudence mauricienne en matière de risque requin par un jugement du 30 avril 2019[7], immédiatement et intégralement contesté devant la Cour suprême par les parties perdantes.

L'existence d'un recours pendant devant la Cour suprême mauricienne limite certes la portée de la comparaison amorcée à travers cette réflexion, en ce que le jugement du tribunal pourrait être censuré ou amendé. Toutefois, cette comparaison n'en présente pas moins un intérêt de principe : elle montre que les juridictions des deux pays, ayant à appréhender le risque requin invoqué devant elles, ont toutes deux, en cherchant à évaluer ce risque, été conduites à spécifier les principes juridiques devant structurer sa gestion et donc à prescrire – d'une manière plus ou moins précise et impérative, il est vrai – le cadre juridique au sein duquel doit être conçue et appliquée la politique de cette gestion (l'étude montre ainsi l'ampleur des enjeux juridiques de l'arrêt que la Cour suprême mauricienne est appelée à rendre). Si ces structures juridiques apparaissent foncièrement différentes (I), cette divergence structurelle ne doit pas conduire à occulter l'existence d'importantes convergences méthodologiques dans les raisonnements des deux juridictions (c'est-à-dire dans la manière dont ces structures juridiques pourtant différentes sont appelées à jouer), de nature à justifier le développement d'interactions entre l'approche réunionnaise de réduction de ce risque et l'approche mauricienne de précaution (II).

I.- La différence des structures juridiques de gestion du risque requin impliquées par ses approches judiciaires française et mauricienne

Confronté à un risque requin qu'il a caractérisé comme étant « *mortel* », et dont il a qualifié l'intensité d'« *exceptionnelle* », le Conseil d'État a estimé que la situation nécessitait la mise en place d'un régime de prévention à deux vitesses (A). Confronté à un risque requin impossible à caractériser et à qualifier, en l'état de la situation et à défaut des connaissances scientifiques et techniques pertinentes, le tribunal environnemental mauricien a jugé pour sa part que les pouvoirs publics devaient définir et mettre en œuvre, en la matière, une approche globale de précaution (B).

[7] Le jugement du tribunal environnemental mauricien est accessible au lien suivant : http://eluat.govmu.org/English/Documents/determinations/Year%202019/1502-17%201507-17%20Ahrim%20Sea%20users%20association%20vs%20Minister%20of%20Social%20Security.pdf?fbclid=IwAR0ZD_ZIHObDlfVkGKmkyYCE354AglbhY7uyqer7MS0Lns4ZhSvIiGOKxy4 (dernière consultation le 5 septembre 2019).

A.- Le risque requin réunionnais vu par la juridiction administrative : un « *risque mortel* » exceptionnel, nécessitant un régime de prévention à deux vitesses

Il importe de souligner la complexité du raisonnement déployé par le Conseil d'État dans son ordonnance de référé-liberté du 13 août 2013 : la haute juridiction administrative développe et concilie tout à la fois deux approches juridiques du risque requin, dont l'identification est permise par la différence de portée existant entre les diverses propositions constitutives de son raisonnement[8]. La première est une approche générale, qui se donne à voir comme une interprétation du droit à la vie posé par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, destinée à en dégager les principales implications en matière de risque requin (une obligation de « *réduction* » de celui-ci), et leurs déclinaisons extrêmes dans le contexte de la situation particulière de La Réunion (1). À cela vient se greffer une seconde approche qui consiste à tirer les conséquences, à cet égard, des contraintes purement procédurales du référé-liberté : le juge de celui-ci ne peut en tout état de cause intervenir qu'afin de prescrire la suppression à bref délai du risque requin, d'où une condition d'opérance qui limite considérablement la faculté, pour les parties, de lui demander de prescrire aux autorités administratives les mesures propres à assurer le respect de l'obligation de « *réduction* » dans l'ensemble de ses éléments (2). La conciliation des deux approches s'opère sur le terrain temporel : l'obligation de privilégier la soustraction massive des enjeux à l'aléa s'impose le temps qu'émergent d'autres orientations aussi efficaces pour garantir le droit à la vie, mais moins contraignantes du point de vue du principe de liberté de la pratique des sports et loisirs de nature (3).

1 – Le droit à la vie, source apparente d'une obligation générale de « *réduction* » du risque requin, aux implications extrêmes dans le cas réunionnais

Le Conseil d'État a été amené à spécifier quelles sont, en la matière, les implications du droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (considérant n° 5). La juridiction administrative suprême estime apparemment qu'il en résulte l'obligation générale, pour les « *autorités administratives compétentes* », de « *déterminer les mesures les mieux à même de réduire les risques d'attaques de requins, et leur degré d'urgence, en tenant compte de leur faisabilité, de leur efficacité, de leurs coûts et de leurs inconvénients, au vu notamment des études scientifiques et des expérimentations menées* » (considérant n° 8). Cette obligation est plutôt indéterminée *a priori* :

[8] La structure de ce raisonnement n'a pas été, jusqu'ici, bien mise en évidence dans les commentaires juridiques de l'ordonnance. Cette difficulté d'appréhension sera abordée dans la deuxième partie de l'article, dont l'objet est plus adéquat à cet égard.

elle se caractérise effectivement par la généralité de l'objectif poursuivi (« *réduire les risques d'attaques de requins* »), et l'important pouvoir discrétionnaire reconnu aux autorités administratives pour déterminer la nature et la temporalité des mesures poursuivant cet objectif (les plus appropriées à cet égard doivent être retenues, au terme d'une mise en balance de leur « *faisabilité* » et de leur « *efficacité* » d'une part, « *de leurs coûts et de leurs inconvénients* » d'autre part, opérée en prenant considération les évaluations scientifiques et techniques existantes). Cette indétermination se justifie par la prise en compte de trois variables, dont l'ampleur ne peut s'apprécier qu'*in concreto*, et qui peut amener à retenir des modalités de mise en œuvre de l'obligation très diverses (et qui s'avèrent extrêmes dans le cas réunionnais).

Prenant le droit à la vie pour fondement de son contrôle, le Conseil d'État souligne tout d'abord, en substance, qu'une attaque de requin met celui-ci plus ou moins en cause, en fonction de son résultat (entre la victime indemne et la victime décédée, le champ des blessures possibles est vaste). La mise en cause est d'autant plus directe que les « *risques d'attaques de requins* » correspondent à un « *risque mortel* » particulièrement élevé, et à cet égard le risque statistique est jugé particulièrement élevé à La Réunion[9].

Le Conseil d'État souligne ensuite qu'il convient d'apprécier si un « *risque mortel* » peut être normalement mis à la charge des personnes qui, informées de l'existence de celui-ci (indépendamment de la source, ou des sources, de l'information en question), choisissent en toute légalité de le courir à travers « *la pratique d'une activité sportive ou de loisirs* ». En l'occurrence, le « *risque mortel* » est statistiquement si élevé que la haute juridiction administrative conclut à une anormalité absolue : quelle que soit « *l'activité* » en question, il est rigoureusement anormal de laisser le pratiquant supporter la charge de ce risque. Une subtile gradation est toutefois perceptible à cet égard : le degré d'anormalité est maximal s'agissant d'une activité de baignade qui s'est avérée « *ordinaire* » et « *proche du rivage* », et s'avère donc légèrement moindre en ce qui concerne les « *sports de glisse* »[10].

---

[9] « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que onze attaques de requins, dont cinq mortelles, ont eu lieu entre juin 2011 et juillet 2013 à l'ouest de l'île de La Réunion ;* […] *que l'existence d'un tel risque mortel* […] » (considérant n° 6).

[10] « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que onze attaques de requins, dont cinq mortelles, ont eu lieu entre juin 2011 et juillet 2013 à l'ouest de l'île de La Réunion ; que si les victimes étaient pour la plupart des pratiquants de sports de glisse, la dernière, le 15 juillet 2013, était une adolescente qui se baignait à proximité du rivage ; que l'existence d'un tel risque mortel, notamment pour une activité ordinaire de baignade proche du rivage, révèle un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, qui excède ceux qui peuvent être normalement encourus lors de la pratique d'une activité sportive ou de loisirs par une personne avertie du risque pris* » (considérant n° 6).

Puisqu'il existe en l'occurrence une mise en cause du droit à la vie tellement importante, qu'il n'est pas concevable de laisser les pratiquants des activités maritimes concernées supporter la charge du risque mortel, il incombe aux autorités administratives compétentes de définir et de mettre en œuvre les mesures spéciales appropriées en vue de la réduction de ce risque. Est-ce le cas en l'espèce ? Manifestement pas, et c'est pourquoi le Conseil d'État conclut en ce sens que la « *situation résultant de la multiplication des attaques de requin, notamment de celles qui se sont produites à proximité du rivage* », particulièrement « *exceptionnelle* », « *impose aux autorités publiques de déterminer d'urgence les mesures de leur compétence de nature à réduire ce danger* » (considérant n° 7). En l'espèce, le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative est donc annihilé en ce qui concerne la temporalité d'adoption des mesures destinées à « *réduire les risques d'attaques de requins* ».

2 – Le poids des contraintes procédurales du référé-liberté : une application de l'obligation de « *réduire* » le risque requin, limitée à l'objectif de sa suppression à bref délai

La démarche explicitée ci-dessus a une portée générale : elle a vocation à s'appliquer à d'autres hypothèses que la situation réunionnaise, et surtout dans d'autres cadres juridiques que celui d'une action en référé-liberté. La généralité de cette portée est évidemment due au fait que la procédure de référé-liberté, dédiée à la sauvegarde des libertés fondamentales, contraint le juge à développer son raisonnement à partir de fondements juridiques dont la portée est par nature très large. Toutefois, ce cadre contentieux comporte d'autres particularités qui, à l'inverse, contraignent le juge du référé-liberté à devoir assurer le respect de ces libertés fondamentales dans une perspective très restreinte, qui est donc loin d'épuiser l'ensemble des implications de ces dernières. C'est pourquoi l'office du juge du référé-liberté est ainsi spécifié dans le domaine du droit à la vie : « *lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale* [première condition], *et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures* [deuxième condition], *le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par cet article, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence* » [portée de l'office du juge] (considérant n° 5). Il est précisé, s'agissant de la deuxième condition, que le juge des référés peut « *le cas échéant, après avoir ordonné des mesures d'urgence, décider de déterminer dans une décision ultérieure prise à brève échéance les mesures complémentaires qui s'imposent et qui peuvent être très rapidement mises en œuvre* » (considérant n° 5). L'ordonnance de 2013 n'innove guère à ce sujet : le Conseil d'État ne fait alors que s'appuyer sur une jurisprudence établie en 2011 dans l'objectif d'établir une

ligne de partage entre les fonctions respectives des trois référés d'urgence, pour les hypothèses où le requérant entendrait faire prévenir ou cesser une situation de péril trouvant sa cause dans la carence ou l'action d'une autorité administrative[11].

• La démarche générale suivie par le Conseil d'État cadre parfaitement, à certains égards, avec l'office du juge du référé-liberté ainsi spécifié en vue de la sauvegarde du droit à la vie. En effet, le « *risque mortel* » relevé par le Conseil d'État au titre de cette démarche générale, s'avère si important qu'il représente à lui seul un « *danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes* », reprenant à ce risque son caractère relatif à l'impossibilité absolue d'en laisser la charge aux pratiquants des sports et loisirs de nature concernés (considérant n° 6)[12]. Le Conseil d'État relève ensuite l'existence d'une situation de carence des autorités administratives : les diverses limitations municipales de l'accès à la mer, le lancement par l'État d'un « *programme d'études sur le comportement des deux espèces de requins côtiers en cause* », puis diverses interdictions préfectorales de pratiquer certaines activités de loisirs, se sont avérées « *insuffisantes pour remédier à la situation* » (considérant n° 7). Il y a donc une carence des autorités administratives, à laquelle est imputée le « *danger caractérisé et imminent* », et c'est ce qui justifie que celle-ci soit qualifiée d'« *atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit au respect de la vie* ». La condition d'urgence est jugée remplie de ce fait (considérant n° 7).

• En revanche, il importe de souligner qu'au titre de la définition de l'office du juge des référés en matière de garantie du droit à la vie (considérant n° 5), ne sont pas évoquées des mesures de nature à « *réduire les risques d'attaques de requin* » (comme cela a été le cas jusqu'à présent), mais des mesures « *de nature à faire cesser* » le « *danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes* » créé par l'autorité publique (ce qui est bien plus précis). Cette précision résulte du fait que l'office du juge du référé-liberté est d'assurer en urgence la « *sauvegarde* » du droit à la vie, et qu'un tel degré de garantie ne peut être procuré par l'ensemble des catégories de mesures de réduction du risque requin, mais seulement par celles dont l'objet serait de mettre radicalement et immédiatement fin audit « *danger* ». Cette précision correspond donc à une contrainte juridique pour le juge des référés : celui-ci ne peut ordonner que ce type de mesures[13], ce qui suppose que la solution qu'elle représente soit disponible, à défaut de quoi le

[11] C.E., Sect., 16 novembre 2011, *Ville de Paris et S.E.M. Pariseine* (affaire n° 353.172), Rec. p. (avec conclusions de Damien Botteghi) – *A.J.C.T.*, 2012, p. 156 (observations L. MOREAU) ; *J.C.P., G*, 2012, n° 24 (note O. LE BOT) ; *J.C.P., A*, 2012, p. 2107 (note B. PACTEAU) ; *Procédures*, 2012, comm. n° 27 (S. DESGAS).

[12] C.E., ord., 13 août 2013, *Ministre de l'Intérieur c./ Commune de Saint-Leu* (affaire n° 370.902), *ibid.*

[13] L'apport de l'ordonnance de 2013 est précisément de retenir cette exigence d'immédiateté afin de préciser la portée de la jurisprudence *Ville de Paris et S.E.M. Pariseine* – sur ce point, voir O. LE BOT, *A.J.D.A.*, 2013, p. 2105.

juge ne pourrait rien ordonner. Elle ne correspond pas à un durcissement des obligations générales pesant sur les autorités administratives concernées (on serait d'ailleurs bien en mal de justifier un tel durcissement de la contrainte) : en tout état de cause, le juge du référé-liberté ne peut pas ordonner aux autorités administratives de prendre une mesure de réduction du risque requin dont l'objet serait autre que celui – radical – de « *faire cesser* » le « *danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes* » créé par l'autorité publique. Cette précision a donc pour effet de préserver le pouvoir discrétionnaire de ces autorités en vue de la détermination – même d'urgence donc – des mesures les plus appropriées pour réduire le risque requin.

Ce premier biais du référé-liberté fait sentir ses conséquences, tout au long de la démarche destinée à identifier les éventuelles mesures susceptibles d'être enjointes aux autorités administratives auxquelles se trouve imputée la situation résultant du risque requin réunionnais. Il explique pourquoi, après avoir passé en revue les différentes catégories de mesures visant à réduire les « *risques d'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle des baigneurs ou des pratiquants de sports nautiques à la suite d'attaques de requins* » (identifiées grâce aux « *études comparatives internationales* » produites lors de l'instruction[14]), le Conseil d'État se focalise sur la recherche des mesures « *susceptibles de supprimer le risque d'attaques* » (considérant n° 10).

• Un autre biais du référé-liberté tient à ce que le juge ne peut, dans ce cadre, formuler d'injonctions que si leurs effets sont susceptibles de se produire « *dans un délai très bref* », quand bien même il s'agirait de mesures complémentaires à de premières prescriptions ordonnées en référé-liberté. Ainsi, le juge des référés ne peut ordonner n'importe quelle mesure de nature à « *supprimer le risque d'attaques* » : encore faut-il que la mesure prescrite aux autorités administratives puisse, en tout état de cause, produire ses résultats de manière pratiquement immédiate (considérant n° 9).

---

[14] « *il résulte de l'instruction, notamment des études comparatives internationales, que les risques d'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle des baigneurs ou des pratiquants de sports nautiques à la suite d'attaques de requins peuvent être réduits, par tout ou partie des mesures suivantes : interdiction ou limitation de toutes les activités de loisirs nautiques ou de certaines d'entre elles dans les zones à risques ; signalisation de ces zones très visible et explicite sur les risques exceptionnels encourus en cas de non-respect de la réglementation et information générale des publics concernés susceptibles d'accéder à ces zones ; mise en place de dispositifs de surveillance des requins et d'alerte des personnes dans les zones où se pratiquent ces activités, lorsqu'elles ne sont pas interdites ; installation d'équipements faisant obstacle à l'entrée des requins dans des espaces ainsi sécurisés ou assurant leur pêche sélective ; enfin, prélèvement de requins des espèces dangereuses et non protégées, soit, à La Réunion, des requins-bouledogues et des requins-tigres, cette dernière mesure, controversée, semblant ne pouvoir être efficace que si les requins sont sédentarisés* » (considérant n° 5).

3 – Conciliation de l'interprétation et de l'application : l'obligation de privilégier la soustraction des enjeux à l'aléa, le temps de l'émergence d'autres orientations aussi efficaces pour garantir le droit à la vie

Des biais que le cadre particulier du référé-liberté conduit à introduire dans la mise en œuvre de la démarche générale retenue par le Conseil d'État, il résulte un dédoublement de la temporalité de la réduction du risque requin.

D'une part, le juge du référé-liberté prend acte de l'accomplissement, par les autorités administratives compétentes, de leur obligation générale de « *déterminer d'urgence les mesures de leur compétence de nature à réduire* » le « *risque mortel* » en lequel s'analyse le « *risques d'attaques de requins* » à La Réunion. Le Conseil d'État relève effectivement que « *postérieurement à la notification de l'ordonnance attaquée, le préfet de La Réunion a décidé, par un arrêté en date du 26 juillet 2013, l'interdiction de la baignade et de certaines activités nautiques, jusqu'au 1er octobre 2013, sauf dans le lagon et certaines zones aménagées et surveillées et, lors d'un entretien de presse le 26 juillet 2013, a annoncé le prélèvement à intervenir de quatre-vingt-dix requins des deux espèces responsables des attaques* », et que « *des autorités gouvernementales ont annoncé un plan comportant diverses autres mesures et études en vue de diminuer les risques d'attaques de requins autour de l'île* » (considérant n° 10).

D'autre part, dans la perspective bien plus particulière de ce que le juge du référé-liberté peut ordonner, le Conseil d'État souligne que le principal type de mesure susceptible de garantir aussi immédiatement qu'efficacement le droit à la vie est l'interdiction de la pratique des sports et loisirs de nature pertinents dans les zones où les personnes seraient trop exposées à la présence des requins à défaut d'un « *dispositif efficace de surveillance et d'alerte* » (considérant n° 10)[15]. À titre accessoire, la protection du droit à la vie nécessite également de « *mettre en place une signalisation adaptée des interdictions ou des limitations de baignade et d'activités nautiques, en précisant clairement la nature des risques, ainsi que d'assurer une information sur ces interdictions et risques non seulement de la population permanente mais aussi des personnes ne résidant pas habituellement dans l'île et qui sont donc moins sensibilisées à ces risque* » (considérant n° 10). D'où les injonctions prononcées en l'occurrence.

Le Conseil d'État tient à situer ces deux temporalités dans un cadre unique, celui de l'obligation générale de déterminer les mesures de réduction du risque requin, qui pèse sur les autorités administratives sur le fondement de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, le juge tient à souligner que les mesures prescrites en référé le sont « *dans l'attente des effets éventuels des autres mesures annoncées ou envisagées* » (considérant n° 11). La

[15] C.E., ord., 13 août 2013, *ibid.*

situation réunionnaise n'ayant connu aucun changement notable depuis 2013, les préfets successifs de La Réunion ont donc, toujours dans cette « *attente* » de solutions alternatives immédiatement efficaces, reconduit à plusieurs reprises le principe d'interdiction de la pratique de certains sports et loisirs de nature[16]. Cette logique justifie d'ores-et-déjà les rares exceptions à l'interdiction en question, prévues par les arrêtés préfectoraux successifs (elle pourrait amener, ultérieurement, à devoir ne serait-ce qu'étendre ces exceptions[17]), la volonté des autorités publiques concernées de mutualiser leurs efforts pour soutenir les recherches scientifiques et techniques susceptibles de faire évoluer la situation (ce qui s'est traduit notamment par la création en 2016 du Centre de Ressources et d'Appui pour la réduction du risque requin – C.R.A.[18]), et la mise en œuvre sous la responsabilité de ce dernier de programmes de pêche préventive des requins des deux espèces impliquées dans les attaques[19].

Dans cette « *attente* », la protection du droit à la vie s'effectue au détriment de la liberté de pratiquer les activités interdites de manière récurrente[20], et les

---

[16] Il s'agit, suivant la terminologie des arrêtés préfectoraux successifs, de la pratique – dans la bande maritime des 300 mètres à compter du rivage – de « *la baignade, y compris lorsqu'elle s'effectue à l'aide d'un équipement type palmes, masque et tuba* » (sont donc notamment exclues du champ de l'interdiction : en tout état de cause, la plongée sous-marine ; la baignade au-delà de la bande des 300 mètres du rivage, à partir d'un bateau par exemple) et des *« activités nautiques utilisant la force motrice des vagues (surf, bodyboard, bodysurf, longboard, paddleboard)* » (la pratique de la voile – funboard, kite-surf en particulier – est donc exclue du champ de l'interdiction) – la référence à la bande maritime des 300 mètres à compter du rivage est destinée à associer les maires à la mise en œuvre des mesures d'interdiction et de leurs exceptions (espaces aménagés et surveillés hors lagon), compte tenu des pouvoirs de police dont ceux-ci disposent en matière de baignade et d'activités nautiques en vertu de l'article L. 2213-23 du Code général des collectivités territoriales. L'arrêté en vigueur est disponible ici : http://www.reunion.gouv.fr/IMG/pdf/arrete_reglementation_baignade_et_actvites_nautiques_du_13.02.2019.pdf

[17] C'est ainsi que le Préfet de la Réunion a récemment envisagé une abrogation de l'interdiction de pratiquer le surf actuellement en vigueur, suite à des expériences du C.R.A. dont les premiers résultats tendent à montrer la fiabilité de certains systèmes de protection individuelle (dispositifs individuels de répulsion à impulsion électrique, type *Shark Shield*) : la pratique du surf serait ainsi libre, moyennant le respect de l'obligation, pour chaque surfeur, de porter un tel dispositif – une réflexion étant en cours sur l'institution d'une aide financière à l'acquisition personnelle de ces dispositifs, afin qu'ils soient accessibles à tous. Sur ce point voir notamment *La Quotidien de La Réunion*, 22 septembre 2019, p. 7.

[18] Site internet : http://www.info-requin.re/le-centre-de-ressources-et-d-appui-pour-la-r70.html (dernière consultation le 9 septembre 2019).

[19] Voir le programme de pêche préventive 2018-2021 sur le site Internet du C.R.A. : http://www.info-requin.re/le-programme-reunionnais-de-peche-de-prevention-r49.html (dernière consultation le 9 septembre 2019).

[20] Sur ce point, voir les précisions de L. PEYEN, « Le statut juridique des mesures provisoires d'encadrement du 'risque requin' par le prisme de la jurisprudence », *R.J.O.I.*, 2014 (numéro spécial), pp. 162-169 – disponible en ligne : https://www.rjoi.fr/index.php?id=6426#tocto3n19 (dernière consultation le 19 septembre 2019).

pratiquants qui choisissent d'enfreindre les interdictions en vigueur courent alors le risque, en cas d'attaques de requins, de voir opposer leur imprudence aux actions en responsabilité qu'ils choisiraient d'intenter contre l'État[21].

B.- Le risque requin vu par le tribunal environnemental mauricien : un risque réel mais encore inqualifiable, nécessitant la définition d'une politique de précaution

Tout comme l'ordonnance de référé-liberté rendue le 13 août 2013 par le Conseil d'État, le jugement rendu par le tribunal environnemental mauricien, le 30 avril 2019, donne à voir un raisonnement dont la structure apparente n'est pas des plus claires. Il n'en ressort pas moins que le tribunal adresse une mise en garde très ferme au Gouvernement mauricien, et que deux grandes lignes de raisonnement sont développées à cette fin. Le risque requin mauricien est tout d'abord considéré par le tribunal comme la cause et l'enjeu de la mobilisation du principe de précaution dans un cadre très spécifique, celui d'une procédure d'autorisation environnementale relative à un projet de ferme aquacole, au cœur du litige dont la juridiction était saisie (1). Toutefois, le tribunal développe à cet égard un raisonnement dont la portée s'étend bien au-delà de cette procédure particulière : le principe de précaution est effectivement mobilisé d'une manière telle, qu'il apparaît sous la plume du juge comme le vecteur probable d'une obligation d'intégrer le risque requin aux documents de planification relatifs au développement économique et aux espaces maritimes (2).

1 – Le risque requin, cause et enjeu de la mobilisation du principe de précaution dans le cadre d'une procédure d'autorisation environnementale relative à un projet de ferme aquacole

Dans son jugement du 30 avril 2019, le tribunal environnemental mauricien censure à cet égard l'inapplication du « principe de précaution » par le ministre ayant accordé l'autorisation environnementale[22]. Non compris dans le droit statutaire mauricien, ce principe est considéré comme une ligne directrice de l'application de la procédure d'évaluation environnementale des projets, cette procédure étant quant à elle prévue par l'*Environment Protection Act*[23]. En

[21] C.A.A. Bordeaux, 28 mai 2018, *Bujon* (affaire n° 16BX02294).

[22] Nous ne traitons pas ici des points de crispation survenus en cours de procédure judiciaire, ni des questions de compétence du tribunal environnemental mauricien, ni de celles relatives à la recevabilité des requêtes. Elles sont importantes, mais sortent du cadre donné à cet article.

[23] Sur le statut du principe de précaution en droit mauricien, et sa mobilisation dans le cadre des procédures d'autorisation environnementale, voir O.J. LIM TUNG, « Rethinking the Regulation of Environment Impact Assessment and Precaution in Mauritius », *Journal of African Law*, 2017, pp. 227-251 – https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/AD1419C43F3591CA0E67318C613501B8/S0021855317000110a.pdf/reth

l'occurrence, le tribunal cite le principe 15 de la Déclaration de Rio comme étant la source de ce principe de précaution, ce qui doit être souligné : il reconnaît ainsi à ce principe un certain degré de normativité dans l'ordre juridique interne mauricien, alors même que ce dernier est structuré par une vision dualiste de ses rapports avec les traités et accords internationaux[24], et que de surcroît ce principe est issu d'une simple déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies[25].

Pour déclarer le principe de précaution applicable en l'espèce, le tribunal environnemental mauricien estime en substance que le projet de ferme aquacole implique un risque requin correspondant à des « *threats of serious* […] *damages* » au sens du principe 15 de la Déclaration de Rio[26]. Quelle est l'argumentation du tribunal environnemental mauricien à cet égard ? Les grandes lignes en sont les suivantes. D'une part, le tribunal considère que l'exploitation de la ferme aquacole générerait à coup sûr une activité sous-marine supérieure à celle caractéristique de l'équilibre actuel de l'écosystème de la zone, à tel point qu'il en résulterait *une* augmentation de la circulation des requins dans la région (c'est-à-dire, un aléa requin en tout état de cause plus fort qu'à l'heure actuelle). D'autre part, le tribunal estime que le principe même de cette augmentation rend nécessaire d'envisager dès à présent les dommages qui seraient susceptibles d'en résulter : autrement dit, des enjeux suffisamment importants seraient en tout état de cause exposés à cet aléa selon lui, de sorte qu'il apparaît nécessaire de prendre en considération sans tarder l'existence *de* risques requin. Procéder autrement serait faire preuve d'aveuglement ou d'un mépris insensé pour le « principe de précaution », selon le tribunal.

C'est pourquoi l'absence de données concrètes permettant de quantifier et de qualifier la présence de requins dans la région, le manque de connaissances disponibles sur les rapports entre l'exploitation de fermes aquacoles et le comportement des requins, les doutes existant quant à la pertinence d'une transposition au cas mauricien des résultats des études réalisées à La Réunion, et *a fortiori* l'absence d'attaques de requins, ne peuvent pas être invoqués en l'espèce pour nier la nécessité de mesures de prévention du risque requin et donc pour repousser l'échéance de celles-ci. En conséquence de son appréciation, le tribunal environnemental n'hésite pas à réprimander, sévèrement et à plusieurs reprises, les ministres mauriciens respectivement en charge de l'économie

---

inking_the_regulation_of_environment_impact_assessment_and_precaution_in_mauritius.pdf (dernière consultation le 5 septembre 2019).

[24] Sur ce point, voir par exemple M.J.N. MEETARBHAN, *Constitutional Law of Mauritius – Constitution of Mauritius with Commentaries*, 2017, 333 pp., spéc. pp. 253-261.

[25] Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement – document A/CONF.151/26 (Vol. I).

[26] La question du statut juridique des différentes espèces de requins (existence ou non d'une protection juridique et, le cas échéant, sources, modes et portée de la protection) n'est pas du tout évoquée par le tribunal environnemental mauricien.

maritime et de l'environnement. En particulier, il juge d'autant plus « dérisoire » la seule prescription que contient l'autorisation environnementale en vue de faire face au risque requin, que le projet de ferme aquacole est d'une ampleur sans égale : la prescription prévue oblige simplement le pétitionnaire à informer le ministre en charge de l'économie maritime, avant la réalisation du projet, de la méthodologie retenue pour déterminer la localisation exacte et le dispositif de mouillage des cages à poisson, ainsi des équipements de répulsion et de dissuasion retenus contre les requins.

Quelles conséquences pour l'autorisation environnementale ? À cet égard, le tribunal devait répondre à l'argumentation suivante, développée par certains requérants : faute de disponibilité de connaissances scientifiques et techniques suffisamment avancées pour pouvoir caractériser, quantifier et qualifier le risque requin mauricien, personne ne serait en tout état de cause en mesure de se prononcer sur l'adéquation des mesures qui seraient envisagées en vue de sa prévention, de sorte que le ministre mauricien en charge de l'environnement aurait dû refuser d'accorder l'autorisation environnementale. Sur ce point, le tribunal réserve le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative : c'est à elle que revient la charge de peser l'ensemble des paramètres du dossier et en particulier, s'agissant d'un projet de développement économique de très grande ampleur, de décider comment intégrer la prise en considération de ses impératifs économiques et de son impact environnemental. Le tribunal invite donc le ministre à réexaminer l'autorisation environnementale, à la lumière de son jugement.

2 – Le principe de précaution, vecteur probable d'une obligation d'intégrer le risque requin aux documents de planification relatifs au développement économique et aux espaces maritimes

À défaut de connaissances scientifiques et techniques pertinentes, de quelles mesures de prévention de l'aléa requin, pourrait être bien assorti le projet de ferme aquacole et l'autorisation environnementale relative à celui-ci ?

Le tribunal environnemental s'est bien gardé de toute suggestion sur ce point, mais quelques éléments parsemés dans son raisonnement, une fois mis en relation, donnent une idée de la difficulté de l'équation à résoudre. Le tribunal s'est montré tout d'abord attentif à l'ampleur réelle du projet, au sujet de laquelle des doutes persistent : initialement conçu sur quatre sites en vue de dégager des économies d'échelle, le projet a ensuite été réduit à deux sites par le pétitionnaire pour tenir compte des premières réserves exprimées par l'un des futurs requérants (l'évaluation et l'autorisation environnementales ont porté sur le projet ainsi réduit), mais à condition de pouvoir être ultérieurement étendu sur deux sites supplémentaires (à cet égard, il importe de souligner que le tribunal n'a obtenu aucune garantie sur le fait qu'une nouvelle évaluation environnementale serait menée sur le projet d'extension). Le tribunal s'est ensuite inquiété de la proximité

du projet vis-à-vis des côtes mauriciennes, en tant que celles-ci sont affectées par une surpêche des requins côtiers et qu'une niche écologique se trouve ainsi dégagée et désormais susceptible d'être occupée par les requins des deux espèces les plus dangereuses (bouledogues et tigres) : il a relevé que l'effet attractif des cages à poisson pourrait inciter ces derniers à migrer vers cette niche écologique côtière, proche des zones d'activités de loisir. Dans le même ordre d'idées, le tribunal a estimé que même si un zonage réglementaire avait en l'occurrence identifié les zones dédiées à l'aquaculture sans prévoir aucune autre utilisation de la mer dans les espaces environnants, cela n'est et ne serait pas de nature à prévenir les risques qui dériveraient de l'attraction des requins dans les zones en question. En effet, les requins circulent et le tribunal retient même à cet égard la probabilité de mouvements migratoires entre La Réunion et Maurice, compte tenu de la proximité des deux îles.

Mis bout à bout et reformulés, ces centres d'intérêt du tribunal environnemental mauricien peuvent donner une première idée du type d'approche de précaution, qui pourrait être de nature à permettre l'octroi d'une autorisation environnementale au projet : 1. une réduction de l'ampleur du projet de ferme aquacole ; 2. un éloignement supplémentaire, vis-à-vis de la côte, de la zone prévue pour la réalisation du projet ; 3. une gestion raisonnée de la pêche des requins de récif, assortie le cas échéant d'opérations de réintroduction, afin de permettre à ceux-ci de reconquérir la niche écologique affectée par la surpêche et de limiter ainsi l'intérêt de ces zones côtières pour les requins tigres ou bouledogues. Insistons sur ce point qu'il s'agirait d'une approche de précaution, dont la vocation est d'être accompagnée d'un programme de recherche de nature à procurer les connaissances scientifiques et techniques pertinentes à propos des requins les plus susceptibles d'attaques, et dont les résultats permettraient de passer – à une échéance qu'il faut inévitablement situer dans le long terme – à la mise en place progressive d'une politique de prévention du *risque* requin.

Il importe de bien mesurer la portée économique et politique de l'approche de précaution ainsi schématisée *a priori*. D'une part, la réduction de la taille du projet impliquerait que la société *GrowFish* réduise à due proportion ses perspectives d'économies d'échelle, et un éloignement supplémentaire de la ferme aquacole vis-à-vis des côtes supposerait inévitablement pour elle de faire face à des coûts supplémentaires. En bref, il en résulterait une diminution de la rentabilité économique attendue du projet, telle que le pétitionnaire pourrait préférer y renoncer. D'autre part, c'est à plusieurs titres que la situation serait défavorable au Gouvernement mauricien. Déjà, en invitant les investisseurs potentiels à davantage de circonspection, elle compliquerait inévitablement la mise en œuvre de sa volonté politique de favoriser le développement de l'aquaculture, qui en l'occurrence se traduit en particulier par la mobilisation du *Board of Investment*. Ensuite, elle supposerait du Gouvernement mauricien, ni plus ni moins, qu'il revoie sa planification des espaces maritimes et/ou sa

politique de gestion intégrée des zones côtières, de manière à y intégrer pleinement la prise en considération du risque requin : la relocalisation des zones maritimes dédiées à l'aquaculture, et le développement d'une politique de gestion des populations de requins de récif, sont effectivement à ce prix (dans la mesure où cette hypothèse se concrétiserait, cela signifierait en l'occurrence que l'autorisation environnementale sollicitée par *GrowFish* ne pourrait probablement pas être délivrée avant que la politique du Gouvernement mauricien n'ait effectivement évolué en ce sens). Une telle révision de la politique maritime mauricienne supposerait plus fondamentalement que le Gouvernement reconnaisse le fait que le risque requin n'est pas nul à Maurice, ce qui apparaît problématique dans la mesure où certains arguments ministériels produits devant le tribunal environnemental mauricien ont une orientation exactement inverse.

Il n'est donc guère surprenant que le jugement du 30 avril 2019 ait suscité l'ire des ministres mauriciens respectivement en charge de l'environnement et de l'économie maritime, et celle de la société bénéficiaire de l'autorisation environnementale retoquée, au point que dès le 20 mai 2019, ces derniers ont entrepris de le contester devant la Cour suprême mauricienne par trois requêtes ciblant pratiquement toutes les appréciations du tribunal.

II. Les convergences méthodologiques des approches judiciaires françaises et mauriciennes du risque requin : des sources exploitables d'interactions

Si les approches judiciaires du risque requin semblent différer foncièrement de la juridiction administrative française au tribunal environnemental mauricien, la portée de ces différences doit être sérieusement relativisée, pour deux raisons. La première tient à ce que ces deux juridictions ont dû et doivent composer avec, voire éventuellement compenser dans une certaine mesure, les inadaptations de leurs ordres juridiques respectifs en vue de permettre la gestion du risque requin (A). La seconde raison, quant à elle, tient à ce que l'approche réunionnaise de réduction du risque requin et l'approche mauricienne de précaution obéissent à des principes proches, cette proximité étant de nature à justifier des interactions en vue d'améliorer l'effectivité de la gestion de ce risque (B).

A.- La nécessité commune de pallier les imperfections des fondements juridiques sollicités face au risque requin réunionnais et mauricien

Si cette nécessité apparaît flagrante dans le cas mauricien, il faut également relever par ailleurs qu'en dépit de sa cohérence apparente, le raisonnement de la juridiction administrative française repose sur des fondements juridiques dont la

solidité doit, elle aussi, faire l'objet de sérieuses améliorations. Cette faiblesse se fait sentir au regard d'une question que le raisonnement du tribunal environnemental mauricien amène à poser à propos de celui du Conseil d'État (1). Il apparaît alors que le droit à la vie, pour fonder juridiquement l'obligation de réduction du risque requin, a dû être concilié avec la liberté de pratiquer sports et loisirs de nature (2). Plus encore, il en résulte que l'efficacité de cette obligation se trouve conditionnée par l'explicitation de cette liberté comme un droit fondamental de même rang que le droit à la vie, de même que par l'extension ouverte de ses fondements juridiques à l'objectif de protection de l'environnement (3).

1 – La vertu « *subversive* » du raisonnement judiciaire mauricien vis-à-vis de celui du Conseil d'État[27] : la mise en doute du droit à la vie comme fondement exclusif de l'obligation de réduire le risque requin

• L'obligation de développer une approche de précaution en matière de risque requin, qui résulte du jugement rendu le 30 avril 2019 par le tribunal environnemental mauricien, est issu d'un raisonnement dont le fondement juridique apparaît fragile.

La fragilité est double. D'une part, le droit mauricien ne comprend pas un principe de précaution qui serait posé de manière générale et expresse, mais des procédures particulières (celle d'autorisation environnementale, en particulier) pour l'application desquelles une approche de précaution peut être éventuellement requise depuis 2011 par la jurisprudence, qui s'appuie ouvertement à cette fin sur le principe n° 15 de la Déclaration de Rio. D'autre part et surtout, il est douteux que le principe de précaution ainsi consacré soit applicable en l'état en matière de risque requin. En effet, le principe n° 15 a pour objectif exclusif de garantir la protection de l'environnement, comme l'indique clairement son énoncé : « *Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement* ». Or, ce n'est pas la protection de l'environnement qui est principalement en jeu dans l'affaire tranchée par le jugement du 30 avril 2019, mais bien la protection de la vie et de l'intégrité physique des personnes, ainsi que des activités économiques dépendant des activités maritimes pratiquées par celles-ci. La protection de l'environnement n'est au mieux que l'accessoire de cette approche centrée sur la protection des

[27] L'adjectif « *subversive* » est ici entendu au sens dans lequel il a été employé dans un célèbre article de H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.*, 2000, pp. 503-527. L'auteur y montre de quelle manière le droit comparé constitue une « *voie de connaissance critique du droit* ».

personnes et des activités économiques : c'est le cas notamment en ce qui concerne l'intérêt du tribunal environnemental pour un mécanisme de protection et de renforcement des populations de requins de récifs, motivé par le souci d'éviter la colonisation de leurs habitats par les espèces dangereuses que sont les requins-bouledogues et les requins-tigres.

Le recours pendant devant la Cour suprême présente donc un double enjeu. Le premier est celui de l'ancrage du principe de précaution en droit mauricien, crucial d'un point de vue général pour le développement du droit mauricien de l'environnement. Le second ne se pose que dans la mesure où le principe de précaution serait conforté d'un point de vue général, et concerne sa portée : pour pouvoir être applicable à l'ensemble des problématiques du risque requin (et non pas dans le champ de certaines d'entre elles seulement), ce principe devrait voir son champ d'application singulièrement étendu par voie interprétative. Une telle interprétation serait possible en interprétant la notion d'« *environnement* » dans le sens global qui est celui dans lequel il est employé, par exemple, dans la Déclaration de Stockholm, produite à l'issue de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de 1972 – l'environnement naturel certes, mais aussi artificiel c'est-à-dire économique, social, culturel et politique[28]. Mais la Cour suprême mauricienne pourrait d'autant plus difficilement aller en ce sens qu'elle ferait alors preuve d'un certain anachronisme au regard du droit international : cette vision de l'environnement a effectivement été battue en brèche par les précisions conceptuelles apparues dans les années 1980 (où se forge la problématique des rapports entre la protection de la nature d'une part[29], le développement économique, social, culturel et politique d'autre part[30]), puis par la Déclaration de Rio qui synthétise cette problématique à travers la notion de « *développement soutenable* » et assimile à cet égard la notion d'environnement à celle de nature.

Les enjeux de cette double fragilité apparaissent d'autant plus prononcés que le droit à la vie, consacré par l'article 4 de la Constitution mauricienne, apparaît insusceptible d'être interprété d'une manière analogue à celui posé par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme : il ne pourrait donc offrir une base juridique alternative au principe de précaution. Certes, la Convention européenne des droits de l'homme a fait l'objet d'une application à Maurice antérieurement à son indépendance, de sorte que bien des droits fondamentaux consacrés par la Constitution mauricienne y trouvent leur inspiration sinon leur texte, et que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg

[28] Le texte en est disponible ici : https://www.diplomatie.gouv.fr/sites/odyssee-developpement-durable/files/1/Declaration_finale_conference_stockholm_1972.pdf (dernière consultation le 3 octobre 2019).
[29] Charte mondiale de la nature – Assemblée générale des Nations unies, résolution 37/7 du 28 octobre 1982.
[30] Déclaration sur le droit au développement – Assemblée générale des Nations unies – résolution 41/128 du 4 décembre 1986.

constitue aujourd'hui encore une ressource interprétative à leur égard. Toutefois, la Cour suprême a toujours été très claire sur le fait que cette jurisprudence n'a aucun caractère d'autorité dans l'ordre juridique mauricien, et doit voir son statut juridique strictement limité à celui de simple ressource interprétative d'usage discrétionnaire[31]. À cet égard, il importe de souligner que le droit à la vie consacré par la Constitution mauricienne, s'il reprend la majeure partie du texte de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, ne comporte pas la phrase introductive de ce dernier (« *Everyone's right to life shall be protected by law* »), dont l'interprétation a permis à la Cour européenne des droits de l'homme de construire la jurisprudence sur laquelle le Conseil d'État s'est appuyé dans son ordonnance de 2013[32]. Le droit à la vie consacré par la Constitution mauricienne a donc pour seul objet de garantir une protection contre l'usage de la force meurtrière dans les rapports humains, de sorte que la jurisprudence en question ne paraît en tout état de cause pas constituer une ressource adéquate en vue de son interprétation au-delà de cet objet limité[33].

• Deux cents kilomètres au Sud-Ouest, l'obligation de réduction du risque requin semble, par comparaison, disposer d'un fondement juridique on ne peut plus solide : le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, expressément mobilisé au point de départ du raisonnement du Conseil d'État. En effet, si le principe de précaution est explicitement consacré dans l'ordre juridique interne français (article 5 de la Charte de l'environnement notamment, qui a une valeur constitutionnelle), il n'est clairement pas applicable à la gestion du risque requin réunionnais dans son ensemble : son objet est seulement d'éviter la création de risques encore indéterminables (alors que le risque requin réunionnais est connu, quantifié et qualifié), dont la réalisation se traduirait par des dommages graves et irréversibles, soit à l'environnement, soit à l'environnement et *de ce fait* à la santé humaine[34]. La question de son application n'est à envisager que dans certains champs pertinents, tels que les enjeux

---

[31] Sur ces points, voir par exemple M.J.N. MEETARBHAN, *Constitutional Law of Mauritius – Constitution of Mauritius with Commentaries*, *op. cit.*, spéc. pp. 25-26.

[32] Le texte de la Constitution mauricienne, à jour des révisions constitutionnelles intervenues depuis son entrée en vigueur, est disponible sur le site du Parlement mauricien : http://mauritiusassembly.govmu.org/English/constitution/Pages/constitution2016.pdf (dernière consultation le 22 septembre 2019).

[33] Sur la portée du droit à la vie garanti par la Constitution mauricienne, voir notamment M.J.N. MEETARBHAN, *Constitutional Law of Mauritius – Constitution of Mauritius with Commentaries*, *op. cit.*, spéc. pp. 35-39.

[34] Pour un bilan récent de l'objet et du champ d'application du principe constitutionnel français de précaution, effectué dans une perspective comparative, voir les propos introductifs du rapport de la recherche dirigée par S. FANTONI-QUINTON et J. SAISON-DEMARS, *Le principe de précaution face à l'incertitude scientifique : l'émergence d'une responsabilité spécifique dans le champ sanitaire*, Université de Lille II, 2016, 386 pp., spéc. pp. 11-23. Disponible en ligne : https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01480575/document (dernière consultation le 3 octobre 2019).

sanitaires liés à la consommation ou à la commercialisation de la chair des requins tigre et bouledogue : deux arrêtés préfectoraux de 1999 et 2006 ont ainsi interdit cette commercialisation à La Réunion, au motif d'un risque potentiel de contamination de cette chair par la toxine de la Ciguatera, dont le caractère sérieux est aujourd'hui contesté par la voie d'une demande d'abrogation desdits arrêtés ; l'objectif poursuivi par les contestataires, *via* un retour à la liberté de commercialiser la chair de requin, est de favoriser la reprise d'une pêche dont l'un des effets serait de contribuer à la régulation des populations des requins concernés, et donc à la mitigation de l'aléa que représentent ceux-ci.

En posant clairement le risque requin comme la cause (du fait de son existence) et l'enjeu (du point de vue de son évaluation, et de la définition d'une politique à son égard) de la mobilisation du principe de précaution, le tribunal environnemental mauricien invite cependant à tester la solidité de ce fondement juridique : qu'est-ce qui justifie la mobilisation, par la juridiction administrative française, du droit à la vie comme fondement de son raisonnement ? D'une part, il est évident que le risque requin réunionnais constitue la cause de la mobilisation du droit à la vie (en raison de son caractère « *mortel* » et de l'intensité qualifiée d'« *exceptionnelle* » du risque ainsi caractérisé). D'autre part, tout semble indiquer (voir *supra*) que l'enjeu de cette mobilisation a été de donner un fondement juridique à l'obligation générale, pour les « *autorités administratives compétentes* », de « *déterminer les mesures les mieux à même de réduire les risques d'attaques de requins, et leur degré d'urgence, en tenant compte de leur faisabilité, de leur efficacité, de leurs coûts et de leurs inconvénients, au vu notamment des études scientifiques et des expérimentations menées* ».

Toutefois, le rapport ainsi établi suscite une gêne certaine : droit des plus fondamentaux et impératifs (parce que l'exercice des autres droits fondamentaux suppose que leurs titulaires soient en vie, et donc que le droit à la vie soit effectivement garanti), le droit à la vie apparaît effectivement mal assorti à une obligation de réduction du risque requin dont la portée est définie en termes relatifs. En effet, cette notion de « réduction », propre au risque requin, suppose que les autorités publiques doivent faire le nécessaire pour parvenir à atténuer le caractère « *mortel* » et le degré d'intensité de ce risque, sans être cependant en mesure de garantir la suppression de ce caractère ou le degré zéro du risque requin. La question se pose alors de savoir si un fondement juridique autre que le droit à la vie n'a pas été mobilisé d'un point de vue matériel, puis mis en relation et concilié avec ce droit (ce qui expliquerait que sa portée ait été relativisée), pour fonder l'obligation générale de « *réduire* » le risque requin qui incombe aux autorités publiques d'après le Conseil d'État. Tel est bel et bien le cas.

2 – L'obligation de réduction du risque requin : une obligation positive issue du droit à la vie et d'une interprétation raisonnable destinée à prendre en compte la liberté de pratiquer sports et loisirs de nature

Posé par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit à la vie est source d'obligations positives pour les autorités publiques, dont le domaine ne se limite pas à celui – classique – de leur usage de la force meurtrière mais s'avère général : elles ont ainsi l'obligation d'agir pour protéger le droit à la vie contre toute atteinte volontaire ou involontaire susceptible d'y être portée, il ne suffit pas qu'elles s'abstiennent d'y porter elles-mêmes atteinte[35]. La Cour européenne des droits de l'homme considère effectivement que la première phrase de cette disposition – « *Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi* » – peut être interprétée d'une manière autonome par rapport aux autres énoncés qu'elle contient (lesquels sont tous relatifs à l'usage de la force meurtrière entre personnes) : les obligations positives dégagées à ce titre ont donc une portée générale. Surtout, la Cour européenne des droits de l'homme, tirant les conséquences de la prééminence qu'elle accorde au droit à la vie vis-à-vis des autres droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (puisque la vie constitue la condition de jouissance de ces autres droits fondamentaux)[36], a précisé ces obligations positives en un volet matériel et un volet procédural qui s'avèrent particulièrement contraignants pour les autorités publiques, notamment dans le domaine des risques naturels – auxquels il est possible d'assimiler le risque requin en dépit de son caractère biotique[37]. La Cour européenne des droits de l'homme a spécifié que ces obligations positives doivent être comprises et appliquées de manière raisonnable : leur violation ne peut résulter que de l'existence d'un risque certain et immédiat pour la vie des personnes concernées, et de la carence des autorités publiques à prendre les mesures préventives que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles au vu des caractéristiques de ce risque[38].

Dans ce contexte jurisprudentiel, l'obligation de simplement « *réduire* » le risque requin, mise à la charge des autorités publiques, semble bien correspondre à une interprétation raisonnable des obligations positives qui leur incombent en vue de prévenir les atteintes involontaires à la vie. Mais quel est le critère d'une

---

[35] Cette catégorie d'obligations positives, relatives à la prévention des atteintes à la vie, a été dégagée par voie interprétative et constamment enrichie à partir d'un arrêt *LCB c./Royaume-Uni* (affaire n° 23413/94), rendu le 9 juin 1998 par la Cour européenne des droits de l'homme.

[36] Sur ce point, voir par exemple l'arrêt *Pretty c./ Royaume-Uni* (affaire n° 2346/02), rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 29 avril 2002.

[37] La jurisprudence en ce domaine résulte en particulier de l'arrêt *Boudaïeva c./Russie* (affaire n° 15339/02), rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 20 mars 2008.

[38] La jurisprudence sur ce point a été initiée par l'arrêt *Osman c./ Royaume-Uni* (affaire n° 23452/94), rendu en Grande Chambre par la Cour européenne des droits de l'homme le 28 octobre 1998.

interprétation raisonnable en matière de risque requin ? La première hypothèse à évoquer consiste en l'impossibilité pratique de supprimer le caractère « *mortel* » des attaques ou d'atteindre le degré zéro du risque requin. Or, une telle justification n'est manifestement pas celle retenue par le Conseil d'État : celui-ci opte précisément en faveur de l'option de la suppression immédiate de ce risque en l'occurrence, en exigeant la mise en œuvre effective d'une mesure consistant – radicalement – à soustraire massivement les enjeux à l'aléa, c'est-à-dire de l'interdiction de la pratique de la baignade et de certaines activités nautiques. Puisqu'il est tout à fait possible de supprimer un risque requin, il faut également écarter l'explication suivant laquelle les contraintes procédurales du référé-liberté auraient abouti à donner, au juge administratif, la grâce nécessaire pour ordonner l'impossible ! L'absurdité de cette première hypothèse permet toutefois de toucher du doigt le véritable critère de l'interprétation raisonnable en l'occurrence : si les mesures de prévention du risque requin, qu'il incombe aux autorités publiques de prendre en vue de sauvegarder le droit à la vie, doivent se limiter à poursuivre la réduction de ce risque pour qu'il soit raisonnable de les mettre à la charge de celles-ci, c'est précisément parce que la stratégie consistant à supprimer ce risque est jugée excessive de manière générale, compte tenu du fait qu'elle ne peut seulement se traduire à l'heure actuelle que par l'interdiction de la baignade et de certaines activités nautiques (si cette stratégie apparaît acceptable à La Réunion, c'est uniquement en raison du caractère exceptionnel du risque requin que connaît l'île). Ainsi apparaît le critère de l'interprétation raisonnable des obligations positives qui incombent aux autorités publiques en matière de risque requin : si l'interdiction des activités en question apparaît excessive d'un point de vue général, ce ne peut être qu'en raison du fait que celles-ci obéissent à un principe de liberté.

La mobilisation d'une liberté de pratiquer la baignade et les activités nautiques apparaît, dans l'ordonnance du Conseil d'État, à travers sa référence à la théorie de l'acceptation des risques appliquée dans le cadre du contentieux de la responsabilité des accidents survenus au cours de la pratique des sports et loisirs de nature. Cette théorie s'applique à toute « *personne avertie* » de l'existence d'aléas inhérents au milieu naturel au sein duquel elle souhaite pratiquer une activité sportive ou de loisir (quelles que puissent être les sources de cet état d'avertissement : expérience, signalisation, *etc*.), dans l'hypothèse où elle entreprend effectivement cette activité. La logique de cette théorie est la suivante : certains aléas étant inhérents au cadre naturel dans lequel doit se dérouler l'activité de sport ou de loisir, l'exposition de ses pratiquants à ceux-ci n'est pas permanente mais ponctuelle, de sorte que ce sont ces pratiquants qui créent le risque naturel à leur égard en entreprenant effectivement cette activité ; ce risque naturel étant particulier à tous égards, il est normal que sa charge – c'est-à-dire, le soin d'éviter sa concrétisation et l'obligation de supporter la responsabilité des dommages consécutifs à celle-ci – incombe à chacun des pratiquants en question,

dans la mesure où il est possible qu'il soit réputé être à même de supporter cette charge ; cette condition implique l'exigence d'avertissement du pratiquant (c'est une sous-condition de principe : à défaut, il serait impossible d'exiger de lui toute démarche tendant à éviter la concrétisation du risque), et l'exigence du caractère normal de la charge (cette sous-condition concerne la portée de la première : il est impossible d'exiger d'un pratiquant la mise en œuvre de démarches d'évitement au-delà d'un certain seuil quantitatif et qualitatif)[39]. Cette théorie repose donc sur un fondement général – la liberté d'exercer des activités de sport et de loisirs, quand bien même la création de risques naturels particuliers serait inhérente à cet exercice – et exprime l'une des conditions d'exercice de cette liberté : l'obligation, pour le pratiquant, d'assumer la charge de ces risques tant qu'il est objectivement en mesure de supporter celle-ci. Or, cette liberté et sa condition d'exercice sont des principes généraux, dont le champ d'application ne se réduit pas à celui de la responsabilité administrative : ils participent au cadre juridique dans lequel les autorités administratives doivent prendre leurs décisions, et c'est précisément au sein de ce cadre que le Conseil d'État développe son raisonnement dans l'ordonnance de 2013.

La démarche du Conseil d'État consiste donc, en substance, à mettre en rapport le droit à la vie avec la liberté de pratiquer la baignade et certaines activités nautiques, puis à rechercher les conditions de leur conciliation. C'est dans ce cadre juridique que l'obligation générale de « réduction » du risque requin se comprend. D'une part, le Conseil d'État estime en substance que si le pratiquant crée le risque requin à son égard en se mettant à l'eau (acte par lequel il entreprend effectivement de s'y adonner à certaines activités : baignade, sports de glisse, *etc.*), le fait que la concrétisation de ce risque puisse par principe lui être fatale n'est pas en lui-même suffisant pour que le pratiquant averti puisse ne pas être réputé à même de supporter la charge du risque ainsi caractérisé. Ce pratiquant peut effectivement mettre en œuvre certaines démarches d'évitement, ne serait-ce que prendre en compte l'état de la mer, les conditions météorologiques, l'heure de la journée, la présence et le nombre d'autres pratiquants, la plus ou moins grande proximité d'un poste de secours ouvert, avant de prendre la décision de se mettre à l'eau. D'autre part, le fait que la concrétisation du risque requin puisse par principe être fatale au pratiquant, parce qu'il doit s'analyser comme une mise en cause du droit à la vie, justifie selon le Conseil d'État que la mise du risque à

[39] Pour expliquer ainsi la théorie du risque accepté, bien connue en matière de responsabilité administrative, et ici envisagée seulement en ce qui concerne l'exercice des sports et loisirs de nature, nous avons simplement utilisé la notion de risque définie en introduction de cet article (situation résultant de l'exposition d'un enjeu à un aléa). L'avantage de cette méthodologie est de rendre compte de manière cohérente de tenants et aboutissants de cette théorie, ce que la seule analyse d'une matière particulièrement jurisprudentielle et casuistique ne permet que difficilement – voir, par exemple, les difficultés de systématisation relevées par M. CARIUS, « La police administrative et les activités sportives de pleine nature », *R.J.E.*, 2001, pp. 173-199.

la charge du pratiquant (qui constitue en elle-même une reconnaissance de sa liberté de pratiquer la baignade et les activités nautiques concernées) soit doublée de la création, à la charge des autorités publiques compétentes, d'une obligation de « *réduire* » ce risque. Cette obligation a ainsi pour objet d'atténuer la probabilité que l'exercice de cette liberté, autrement dit la création de ce risque naturel particulier, amène à sa concrétisation sous la forme d'une attaque éventuellement fatale. Autrement dit, cette obligation a pour objet d'optimiser les conditions d'exercice de cette liberté, à travers l'atténuation de la charge du risque pesant effectivement sur le pratiquant. La liberté en question comprend ainsi une seconde condition d'exercice, dont la réalisation incombe toutefois aux autorités publiques concernées. En revanche, comme le risque requin réunionnais représente un « *risque mortel* » dont l'intensité est exceptionnelle, le fait que la concrétisation de ce risque puisse par principe être fatale au pratiquant qui le crée à son égard en se mettant à l'eau est jugé suffisant, par le Conseil d'État, pour que le pratiquant averti puisse ne pas être réputé à même de supporter la charge du risque ainsi caractérisé et qualifié (autrement dit, les démarches d'évitement susceptibles d'être mises en œuvre par le pratiquant n'apparaissent en tout état de cause pas suffisamment efficaces en ces circonstances – c'est dans cette perspective que le juge insiste sur les circonstances de l'attaque du 15 juillet 2013 ; et c'est cela qui justifie les mesures d'interdiction). Si l'obligation de réduction du risque requin pèse alors toujours sur les autorités publiques, sa perspective est alors bien différente de la situation normale : loin d'avoir pour but d'optimiser les conditions d'exercice de la liberté concernée, son objectif est alors de créer les conditions propices au retour à *un* exercice de cette liberté.

3 – L'obligation de réduction du risque requin : une efficacité subordonnée à l'explicitation et au développement de ses fondements juridiques, malgré les difficultés de l'entreprise

• Si la démarche mise en évidence ci-dessus est avérée d'un point de vue matériel, pourquoi donc n'apparaît-elle pas de manière plus ostensible dans l'ordonnance du Conseil d'État ?

Il ne semble pas que soit seule en cause, la célérité toute particulière avec laquelle le juge administratif doit statuer en référé-liberté. Pour que celui-ci fasse apparaître formellement l'entreprise de conciliation du droit à la vie et de la liberté de pratiquer la baignade et certaines activités nautiques, un important effort interprétatif aurait dû être produit, qui excède largement l'office d'un juge des référés devant statuer en urgence. En effet, toute entreprise de conciliation de droits fondamentaux suppose que ceux-ci aient le même statut juridique d'un point de vue formel : à défaut, leurs éventuelles incompatibilités se règlent en faisant jouer la différence de statut formel (par exemple, une norme de valeur constitutionnelle va l'emporter sur une norme de valeur législative). Or, placer au

même rang formel le droit à la vie et la liberté de pratiquer sports et loisir de nature, ne va pas de soi et suppose de développer sensiblement l'interprétation de certaines normes de même niveau formel.

Si l'on considère le droit à la vie, celui-ci est explicitement consacré par la Convention européenne des droits de l'homme, et son interprétation bien développée par la Cour. À cet égard, et à notre connaissance du moins, jamais la Cour n'a développé l'interprétation de certains droits fondamentaux garantis par cette Convention, de manière à y rattacher une liberté générale de pratiquer sports et loisirs de nature, probablement parce qu'aucun des cas dont elle a été saisie n'appelait à se pencher sur la question. Des possibilités interprétatives existent, mais apparaissent délicates à justifier, de sorte que la Cour elle-même est indubitablement la mieux placée pour se prononcer à leur égard, et qu'une initiative en ce sens d'un juge des référés devant statuer en urgence est inconcevable[40].

Si l'on considère maintenant les ressources juridiques propres à l'ordre juridique interne français, il est encore plus difficile d'envisager la consécration formelle des deux droits fondamentaux que le Conseil d'État concilie en substance dans son ordonnance de 2013. D'une part, le droit à la vie n'y est pas consacré au niveau constitutionnel (ce qui justifie que le Conseil d'État se fonde sur l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme), en dépit du potentiel interprétatif des normes constitutionnelles à cet égard[41]. D'autre part, si la liberté de pratiquer sports et loisirs de nature a pu être évoquée par le juge administratif à certains égards[42], son statut et sa portée juridiques restent incertains : face à l'ampleur et la diversité des intérêts en cause dans la pratique des sports et loisirs de nature, et à des conciliations rendues souvent délicates par la forte croissance de cette pratique, leur régime juridique reste marqué par une multiplicité de normes générales et spéciales qui, sans compromettre la possibilité d'envisager cette pratique comme constituant l'un des objets généraux d'une liberté fondamentale (par exemple, de la liberté d'aller et venir constitutionnellement garantie), aboutit d'ores-et-déjà à y opposer d'importantes limites[43].

---

[40] Voir nos analyses sur ce point : O. DUPÉRÉ « La Cour européenne des droits de l'homme et l'intégration des enjeux environnementaux aux processus de développement », *in* O. DUPÉRÉ et L. PEYEN (dir.), *L'intégration des enjeux environnementaux dans les branches du droit : quelle(s) réalité(s) juridique(s) ?*, P.U.A.M., 2017, 213 pp., pp. 30-61, spéc. p. 60, où nous évoquons le cadre interprétatif au sein duquel la consécration d'une liberté d'accès à la nature pourrait être envisagée, ce cadre interprétatif étant délicat à justifier pour les raisons exposées par ailleurs dans la contribution.

[41] Sur ce point, voir, dernièrement et notamment, les appréciations de X. BIOY, « Le Conseil constitutionnel et l'arrêt des traitements médicaux. Les sophistes face à la mort de Socrate », *A.J.D.A.*, 2017, pp. 1908-1911, spéc. pp. 1909-1910.

[42] C.E., 20 janvier 1989, *Fédération nationale d'aérostation* (affaire n° 82355).

[43] Sur ce point, voir par exemple : M. CARIUS, « La police administrative et les activités sportives de pleine nature », *R.J.E.*, 2001, pp. 173-199 ; K. SONTAG et F. ROUX, « Loisirs

• Si le raisonnement du Conseil d'État, en tout état de cause, va dans le sens d'une certaine fondamentalisation de la liberté de pratiquer sports et loisirs de nature, la formalisation et donc l'effectivité de cette orientation inciteraient alors à renforcer encore la cohérence des fondements juridiques de l'obligation de réduction du risque requin. De quelle manière ? La logique de base est simple, et découle de l'objet de la liberté en question : la pratique de sports et loisirs qui, pour être dits *de nature*, supposent évidemment un bon niveau de préservation du cadre naturel qui leur est inhérent ; la liberté de pratiquer sports et loisirs de nature, qui sert déjà de référence matérielle pour interpréter raisonnablement les implications du droit à la vie, est donc également appelée à jouer une fonction importante dans la précision du statut juridique de la protection de l'environnement pertinent en la matière. D'un point de vue général, l'obligation de réduction du risque requin implique ainsi (notamment) l'obligation d'intégrer un objectif de protection de l'environnement à la conception des mesures et moyens les plus adéquats pour protéger simultanément le droit à la vie et la liberté de pratiquer sports et loisirs de nature. Si le statut juridique de cet objectif de protection de l'environnement demeure indéterminé d'un point de vue général, il n'y a là rien d'anormal dans une perspective de développement durable. Il a été effectivement démontré par ailleurs que, si l'objectif de développement durable repose sur le principe de l'intégration de la protection de l'environnement aux processus de développement (cette protection étant conçue comme la condition *sine qua non* de la mise en œuvre du droit au développement consacré dans l'ordre juridique international), le statut juridique de la protection de l'environnement est par principe indéterminé vis-à-vis de ce droit au développement mais aussi vis-à-vis des droits civils : c'est seulement au terme d'un processus démocratique que ce statut juridique peut être légitimement précisé quant à sa nature et à sa portée, de sorte qu'il importe de garantir la participation de tous à l'adoption des décisions pertinentes[44]. Dans cette perspective, il apparaît essentiel que la mise en œuvre de l'obligation de réduction du risque requin se fasse dans des conditions garantissant la participation de l'ensemble des acteurs intéressés[45].

---

sportifs et activités touristiques : aspects juridiques », *Journal of Alpine Research/ Revue de géographie alpine*, 2013 (en ligne : https://journals.openedition.org/rga/1943 – dernière consultation le 15 septembre 2019) ; ou encore, plus récemment le volumineux ouvrage collectif *Droit des sports de nature*, Territorial Éditions, collection « Les Clés du Métier », 2018.

[44] Voir par exemple notre article : O. DUPÉRÉ, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'intégration des enjeux environnementaux aux processus de développement », *ibid.*, notamment pp. 31-43.

[45] Tout compte fait, nous pensons avoir ainsi précisé les fondements et la logique juridiques de ce que Loïc Peyen a nommé, de manière très synthétique et dans un but prospectif, le « *droit à un environnement sûr* » : L. PEYEN, « Le risque requin, le droit et la société : scolies sur l'encadrement d'un risque naturel », *Droit administratif*, 2016, n° 1 (étude n° 2).

Il importe de souligner que cette dynamique juridique de conciliation du droit à la vie, de la liberté de pratiquer sports et loisirs de nature et de l'objectif de protection de l'environnement (forcément multidimensionnelle, compte tenu de la variété des rapports que ces trois droits fondamentaux sont susceptibles d'avoir entre eux) est d'ores-et-déjà en germe dans la jurisprudence (qui donne des illustrations de certains de ces rapports).

En premier lieu, la jurisprudence administrative témoigne d'ores-et-déjà de la réalité de certains aspects de cette dynamique, à travers par exemple une deuxième ordonnance *Commune de Saint-Leu*, rendue le 30 décembre 2013 par le Conseil d'État[46]. Le maire de Saint-Leu ayant autorisé le prélèvement de requins bouledogues sur tout le territoire maritime de sa commune, et fait appel au public à cette fin, sa décision avait vu son exécution suspendue par le tribunal administratif de La Réunion (dans le cadre d'un référé-suspension). Le Conseil d'État valide cette suspension, au motif notamment que ce dernier a jugé à bon droit que la condition d'urgence de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative se trouvait alors remplie, du fait que : d'une part, « *la destruction d'un grand nombre de requins dans des zones de protection intégrale ou renforcée de la réserve marine de la Réunion* […] *était de nature à porter atteinte à l'intégrité de ces zones* » ; d'autre part, « *la suspension de l'exécution de ces mesures ne serait pas de nature à exposer les usagers de la mer à un risque accru d'attaques de requins* » vu notamment « *l'absence d'éléments relatifs à la présence d'une population sédentaire de requins bouledogues* ». Le juge administratif, en substance, a ainsi apprécié l'urgence en mettant en balance des éléments qui se rattachent à l'objectif de protection de l'environnement[47], et d'autres qui se rattachent au droit à la vie.

En second lieu, la dynamique en question se trouve à l'état latent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est en interprétant de manière intégrée divers droits fondamentaux explicitement garantis par la Convention (et en particulier, le droit à la vie ainsi que le droit à la vie privée et familiale) que la Cour a pu, en l'absence de toute consécration textuelle d'un droit

---

[46] C.E. (ord.), 30 décembre 2013, *Commune de Saint-Leu* (affaire n° 369.628) – *R.S.D.A.*, 2013-2, p. 53 (note C. BOYER-CAPELLE).

[47] Ainsi que l'a bien souligné Loïc Peyen, le « *statut juridique de l'espèce* » constitue ainsi « *la pierre angulaire de la gestion du risque requin* » : L. PEYEN, « Le risque requin et le droit » in E. NAIM-GESBERT – L. PEYEN – R. RADIGUET, Figures de la préservation de l'environnement outre-mer. Études de cas et réflexions pluridisciplinaires, P.U.A.M., collection « Droit d'outre-mer », 2015, 194 pp., spéc. pp. 119-134, notamment pp. 123-124. Il importe cependant de relativiser le propos, car la protection des espèces de requins a également pour corollaire la régulation de la population de celles qui coloniseraient les espaces fréquentés par d'autres espèces, en les en chassant ou en en empêchant le retour (suite par exemple à un épisode de surpêche). À La Réunion par exemple, la présence du requin bouledogue est de nature à limiter la croissance des populations de requins de récifs, victimes de surpêche à une certaine époque et contraintes par l'état dégradé de leurs habitats.

à un environnement sain, entreprendre d'expérimenter la protection du droit de toute personne « *à la jouissance d'un environnement sain et protégé* »[48]. Or, l'interprétation croisée qui se trouve à la base de ce droit, comme on l'a déjà montré, implique d'inclure à ce dernier ce que nous avons alors appelé une liberté d'accès à la nature (ce qui correspond globalement à la liberté de pratiquer sports et loisirs de nature, évoquée ci-dessus), tout autant que d'assurer un bon niveau de protection de l'environnement et la garantie du droit à la vie[49]. C'est ainsi que les fondements juridiques de l'obligation de réduction du risque requin, se trouvent déjà consacrés ou en germe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Concluons sur ce point : en l'état actuel du risque requin à Maurice, exiger sa prise en considération par les autorités publiques nécessite de soutenir, sur un terrain beaucoup plus général, l'enracinement du principe de précaution dans l'ordre juridique mauricien (les limites juridiques de cette démarche rendent toutefois préférable une évolution expresse de la législation et de la réglementation mauriciennes) ; en l'état actuel du risque requin réunionnais, exiger des autorités publiques la mise en œuvre, dans tous ses aspects, de l'obligation de « *réduire* » celui-ci, nécessite de rechercher, là aussi sur un terrain beaucoup plus général, le rattachement de la liberté de pratiquer sports et loisirs de nature à une liberté fondamentale plus générale mais aux garanties plus fortes et certaines (une action sur le terrain constitutionnel français, à cette fin, nécessitant également de soutenir la consécration interprétative du droit à la vie sur ce même terrain), et de penser son articulation avec le droit à la vie et l'objectif de protection de l'environnement.

B.- L'approche réunionnaise de réduction et l'approche mauricienne de précaution : une proximité de nature à justifier des interactions dans la gestion du risque requin

Si les deux approches diffèrent, c'est uniquement en raison du fait qu'elles procèdent de la différence des situations réunionnaise et mauricienne en matière de risque requin, de sorte qu'elles présentent au fond la même nature et la même portée de principe (1). Deux types d'interactions sont alors envisageables entre elles (2).

[48] Voir sur ce point nos analyses : O. DUPÉRÉ, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'intégration des enjeux environnementaux aux processus de développement », *ibid.*
[49] *Idem.*

1 – L'existence d'une simple différence de circonstances entre les deux approches

• Entre l'approche réunionnaise de réduction et l'approche mauricienne de précaution, aucune différence de nature ne peut tout d'abord être relevée.

On a montré ci-dessus que l'obligation de réduction du risque requin, qui pèse sur les autorités publiques françaises, a pour objet de tenir compte du caractère potentiellement fatal d'une attaque et donc : soit en principe d'atténuer la charge que représente ce risque pour toute personne qui le crée à son égard en se mettant à l'eau en vue de pratiquer la baignade ou un sport nautique (la création de ce risque naturel particulier traduisant, simultanément, la liberté d'exercer ces activités de nature et la possibilité pour une personne de mettre en œuvre des démarches effectives d'évitement de la concrétisation de ce risque) ; soit en cas de circonstances exceptionnelles (intensité particulière de la probabilité pour que la concrétisation du risque soit fatale, comme c'est actuellement le cas à La Réunion) d'atténuer l'intensité de ce risque jusqu'à ce qu'il soit redevenu normal d'en faire supporter la charge à cette personne (c'est-à-dire, de rendre de nouveau effectif le principe de liberté relatif à la pratiques des sports et loisirs de nature).

À cette aune, comment se caractérise l'obligation de déployer une approche de précaution en matière de risque requin, faite aux autorités mauriciennes par le jugement du tribunal environnemental mauricien rendu le 30 avril 2019, et ce abstraction faite de la délicate question du fondement juridique de cette approche ? Comme cela a été démontré plus haut, le raisonnement du tribunal se fonde sur l'existence d'un risque requin à Maurice (encore impossible à caractériser et à qualifier, faute de connaissances scientifiques suffisantes notamment), et aboutit à exiger du Gouvernement mauricien la conception et la mise en œuvre d'une politique visant à éviter toute aggravation de l'intensité de ce risque (alors même que cette intensité demeure indéterminée). L'objectif à poursuivre est ainsi conçu, davantage dans le sens d'un cantonnement que d'une atténuation, mais cette logique de *statu quo* paraît bien avoir pour cause première le principe même d'une approche de précaution : la logique de réduction semble devoir s'imposer dès lors que le risque requin a fait l'objet d'une évaluation confirmant sa réalité. En conséquence, aucune distinction de nature ne peut être relevée entre l'approche réunionnaise de réduction du risque requin, et l'approche mauricienne de précaution à l'égard de ce dernier ; les différences sont seulement circonstancielles, et donc relatives.

• Si aucune différence de nature ne peut être relevée entre l'approche réunionnaise de réduction et l'approche mauricienne de précaution, qu'en est-il en ce qui concerne leur portée de principe ?

De ce point de vue, il importe de relever que dans son ordonnance de 2013, le Conseil d'État identifie le maire et le préfet comme seules autorités compétentes pour adopter les différentes catégories de mesures de réduction tout juste passées en revue, les deux au titre de leurs pouvoirs de police administrative générale, le second au titre également des pouvoirs spéciaux de police environnementale dont il dispose à l'intérieur du périmètre de la Réserve naturelle nationale marine de La Réunion (considérant n° 8)[50]. En effet, cette identification est faite dans le but très précis de cerner les destinataires potentiels de l'injonction, sur la possibilité et les contours de laquelle le Conseil d'État se prononce alors après avoir passé en revue les mesures de réduction théoriquement adéquates d'après les « *études comparatives internationales* » de référence. C'est ainsi que certains commentaires juridiques de cette ordonnance peuvent donner à penser que l'exercice des pouvoirs de police administrative constituerait la modalité exclusive de mise en œuvre de l'obligation de réduction du risque requin[51]. Or, s'il s'agit assurément de l'une des modalités de cette mise en œuvre, il ne s'agit pas de la seule, ni même de la plus fondamentale. Ainsi, la création et le fonctionnement du C.R.A. ne relèvent principalement pas de la police administrative, alors pourtant que cette structure constitue un pilier de la mise en œuvre, par les autorités publiques, de l'obligation de réduction du risque requin qui leur incombe. De plus, c'est des recherches scientifiques et techniques menées au sein de celui-ci, que sont attendues les innovations et/ou garanties de fiabilité susceptibles de justifier l'abrogation de l'interdiction de pratiquer la baignade et les sports de glisse, à l'exemple des dispositifs individuels de répulsion à impulsion électrique cités plus hauts. La focalisation du Conseil d'État sur les pouvoirs de police administrative, de même que la recension des mesures de réduction théoriquement adéquate d'où elle semble *a priori* procéder (et donc, la sélection des « *études comparatives internationales* » d'où procède cette recension), apparaissent donc être déterminées par la perspective d'un examen de la demande d'injonction dans le cadre procédural très contraint du référé-liberté.

Le raisonnement du tribunal environnemental mauricien invite à abonder en ce sens, en ce qu'il souligne la pertinence de mesures de précaution dans le domaine de la planification des espaces maritimes et du développement économique. Ainsi que cela sera évoqué par la suite, le droit français a institué plusieurs instruments de planification en ces domaines, qui sont susceptibles

[50] Décret n° 2007-236 du 21 février 2007 portant création de la réserve naturelle nationale marine de La Réunion, *J.O.R.F., Lois et décrets*, 23 février 2007, p. 3315.

[51] L'impression est particulièrement nette à la lecture du commentaire de F. AUMOND, « Des *squales au Palais-Royal*. Le juge du référé-liberté et la police administrative en matière d'attaques de requins », Cahiers du droit du sport, 2013 (n° 33), pp. 246-261. Elle se ressent également à la lecture de la deuxième partie des réflexions de L. PEYEN, « Le risque requin et le droit », ibid., notamment pp. 126-132.

d'être mobilisés pour définir une stratégie de gestion du risque requin ainsi que pour préciser les conditions de sa mise en œuvre.

2 – La dualité des interactions envisageables entre les deux approches

Deux types d'interactions apparaissent possibles entre l'approche réunionnaise de réduction du risque requin, et l'approche mauricienne de précaution (dans la mesure où celle-ci serait confirmée par la Cour suprême de Maurice et serait suivie d'effets).

En premier lieu, l'existence d'une simple différence de circonstances à l'origine des différences entre les deux approches, implique nécessairement de s'interroger sur la possibilité de transposer, dans l'un des deux pays, les mesures conçues et mises en œuvre dans l'autre dans le cadre de sa gestion du risque requin : leurs situations sont-elles à certains égards si différentes, qu'il ne soit pas pertinent de chercher à transposer dans l'un les mesures de l'autre et, dans l'hypothèse où une transposition serait possible, dans quelle mesure serait-elle en adéquation avec la situation du pays de réception ? Un exemple : dans la mesure où le Gouvernement mauricien a l'obligation de déployer une approche de précaution en matière de risque requin, ce qui semble bien impliquer d'intégrer pleinement ce risque dans les documents de planification du développement économique et des espaces maritimes, il apparaît nécessaire de s'interroger concrètement sur la possibilité et l'opportunité de transposer cette stratégie dans le cadre de l'approche réunionnaise de réduction du risque requin. En effet, La Réunion compte de nombreux documents de planification ayant un objet identique, et certains ont d'ailleurs été déjà modifiés (ou sont en cours de modification) en ce sens : il en va ainsi du Schéma d'Aménagement Régional, dont le volet maritime (Schéma de Mise en Valeur de la Mer) fait l'objet d'une modification pour prévoir la création de nouveaux bassins de baignade[52]. De plus, La Réunion connaît d'ores-et-déjà des difficultés à cet égard. La première procède de la polémique relative aux effets de la Réserve naturelle nationale marine dans le déclenchement et la prolongation de la crise requin[53] : cette polémique ne semble effectivement pas favoriser l'évolution des planifications réglementaires, stratégiques et opérationnelles, que la Réserve est chargée de concevoir et/ou de mettre en œuvre, de manière à y décliner de manière suffisante l'objectif de

[52] Mentionnons aussi le futur document stratégique de bassin. Sur le régime juridique de ce document de planification des espaces maritimes, voir notre étude : « L'outre-mer et les techniques juridiques de la gestion intégrée de la mer et du littoral. De nouvelles perspectives pour la loi Littoral ? », *in* J.-L. PISSALOUX et A. RAINAUD, *Les trente ans de la loi Littoral*, Paris, L'Harmattan, collection « Grale », 2017, 418 pp., spéc. pp. 159-234.

[53] Sur l'origine et les manifestations de cette polémique, voir notamment F. TAGLIONI **et S.** GUILTAT, ibid.

réduction du risque requin[54]. Une seconde difficulté semble procéder du choix de confier à une structure *ad hoc* (le C.R.A.), la recherche des moyens propres à poursuivre l'objectif de réduction du risque requin : cette orientation apparaît susceptible de ne pas favoriser l'intégration du risque requin dans les planifications en question. La question ne peut manquer de se poser quand on prend connaissance des éléments du plan de gestion établi par la Réserve pour la période 2013-2017, relatifs à la gestion du risque requin : celui-ci se borne à prévoir la participation de la Réserve aux réunions de consultation et de décisions organisées au sein des organismes ayant précédé le C.R.A. (parmi un ensemble d'objectifs dont l'objet général est la conservation de la biodiversité des récifs coralliens et écosystèmes associés, ce qui n'apparaît pas particulièrement cohérent, contrairement par exemple à ce qu'il en aurait été s'agissant d'actions visant à renforcer les populations de requins de récifs), et la définition d'une méthodologie d'évaluation et de suivi des bouées de la Réserve utilisées pour mettre en œuvre le programme CHARC (ce qui apparaît fort peu ambitieux).

En second lieu, l'absence de différences de nature entre l'approche réunionnaise de réduction du risque requin, et l'approche mauricienne de précaution, pourrait évidemment rendre pertinente la mise en place d'un cadre de coopération régionale. Il pourrait en être ainsi, par exemple, en vue d'observer de manière permanente la circulation des requins tigres et bouledogues entre les deux îles.

CONCLUSION

Dans une chronique dédiée aux droits ultramarins de l'environnement, publiée en 2013 à la *Revue juridique de l'environnement*, Lucile Stahl souligne que la situation réunionnaise illustre à l'envi la défaillance du droit français à protéger les requins, met en exergue la « *disjonction du droit applicable aux requins outre-mer* » qui apparaît au vu l'ampleur des mesures de conservation prises par les autorités polynésiennes et calédoniennes, et en tire comme conséquence la pertinence de « *repenser les liens entre autorités centrales et autorités décentralisées ultramarines afin que les acquis du droit de l'environnement des unes puissent profiter aux autres et qu'une hiérarchie commune des valeurs – ici la protection d'une espèce emblématique – puisse émerger. Pour cela, le législateur et le pouvoir réglementaire devront d'abord surmonter une aporie, somme toute assez courante dans le domaine de la*

[54] C'est ainsi que le premier plan de gestion de la Réserve, conçu pour la période 2013-2017, ne connaît pas encore de successeur : les travaux d'élaboration de celui-ci n'ont véritablement débuté qu'au début de l'année 2019, assortis de modalités destinées à prévenir les crispations susceptibles de les compromettre. Ce plan est donc toujours en vigueur à titre provisoire : http://www.reservemarinereunion.fr/images/reserve/pdf/missions_gip/premier_plan_gestion/section_b_pdg.pdf (dernière consultation le 15 septembre 2019).

protection de la nature : protéger une population – les requins – contre les hommes et, réciproquement les hommes contre les requins dans un contexte dans lequel le requin est à la fois une population menacée, une ressource économique et un risque. Et pour solution, pas d'épiphanie, mais seulement la recherche d'un équilibre entre des intérêts et des valeurs contradictoires »[55].

Contradictoire, ce propos l'est à plusieurs titres. Comment, d'abord, placer la protection des requins au sommet d'une « *hiérarchie commune des valeurs* », conçue comme suffisamment forte pour que l'expérience des collectivités ultramarines les plus soucieuses de leur conservation soit étendue aux autres *via* une action législative et réglementaire nationale, tout en soulignant que la matière n'est qu'aporie et qu'*in fine* tout sera donc affaire de conciliation entre valeurs et intérêts contradictoires ? Comment, ensuite, articuler cette vision conciliatrice – à la mise en œuvre fortement dépendante des circonstances locales, elles-mêmes variables en fonction des collectivités ultramarines concernées – avec l'attribution de ce rôle conciliateur aux pouvoirs législatif et réglementaire nationaux ?

À ce propos, notre réflexion contribue à résorber les tensions qui sous-tendent ces contradictions. Sur la question des valeurs en jeu et de leur agencement tout d'abord, nous avons montré que l'enjeu est actuellement d'établir clairement les termes du débat public, qui ne sont autres du point de vue juridique que les principaux droits et objectifs fondamentaux à concilier lorsque le requin est abordé sous l'angle du risque : droit à la vie ; liberté de pratique des sports et loisirs de nature ; protection de l'environnement. Sur la question du niveau d'action ensuite, nous avons montré la pertinence des interactions régionales en la matière (entre La Réunion et Maurice), ce qui permet d'envisager le développement d'une action à une échelle plus proche de celles que constituent la Polynésie française ou la Nouvelle-Calédonie au vu de l'étendue de leurs espaces maritimes respectifs. À cet égard, il est impensable que rien ne soit fait sans un étroit partenariat ultramarin entre l'État et les collectivités réunionnaises, dans le droit fil des évolutions qu'ont connu le sens et la portée de l'article 73 de la Constitution avec la loi constitutionnelle du 25 mars 2003, dont l'objectif est de favoriser le développement de chaque collectivité relevant de cette disposition, et de développer son pouvoir normatif à cette fin[56].

Une réflexion plus personnelle pour clore enfin ces propos. Nous ne partageons pas l'esprit désabusé des dernières lignes citées ci-dessus. Les deux points que nous avons identifiés comme contribuant à résorber les contradictions

[55] L. STAHL, « Le droit d'outre-mer, une mise en abyme du droit national : le cas de la protection des requins », *R.J.E.*, 2013, pp. 638-641, spéc. pp. 640-641.
[56] Sur ce point, voir notre contribution à l'ouvrage de G. GIRAUDEAU et M. MAISONNEUVE (dir.), *Dictionnaire juridique des outre-mer*, à paraître (entrée « Départementalisation »).

inhérentes au propos de l'auteur, nous les percevons effectivement comme les marques d'une longue et difficile mise en place de ce que Bruno Latour appelle un « *collectif* », autrement dit d'une procédure de constitution et d'évolution d'un monde commun permettant le vivre-ensemble de ses composantes sans coupure entre choses et personnes, nature et culture, sciences et politiques notamment[57]. Et à ce titre, nous pensons que la question du requin sera la source d'un « *collectif* » indianocéanique, comme elle le sera en Polynésie ou en Nouvelle-Calédonie. Dans cette perspective, nous ne voyons aucune raison de désespérer devant l'incertitude de l'avenir.

[57] B. LATOUR, *Politiques de la Nature*, Paris, Éditions La Découverte, 1999.

Articles

DROIT DES LIBERTÉS FONDAMENTALES
DROIT PÉNAL

Le fait culturel saisi par le droit

Vanille RULLIER

Doctorante en droit public à l'Université de la Réunion

Résumé :

Suite aux dernières vagues d'immigration en provenance du continent africain, de nouvelles communautés font désormais partie intégrante du peuple français. Ces communautés ont apporté avec elles un ensemble de traditions et de rites qui entrent parfois en opposition avec les valeurs de la République, particulièrement liées au patrimoine judéo-chrétien du continent européen. Contraire à l'ordre public, une partie importante de ces rites tombe sous le coup de la loi pénale. Cette étude tend à décrypter les processus liés à l'incrimination (fabrication de la loi pénale) ainsi qu'à la répression (application de la loi pénale) de différents faits culturels traduisant ces rites.

Mots-clés : culture, infraction, répression pénale, communautés.

Abstract:

Following the last waves of immigration from the African continent, new communities have now become an integral part of the French populace. These communities brought with them a set of customs and rites that sometimes come into conflict with French Republican values, particularly those linked to the Judeo-Christian heritage of Continental Europe. Due to this conflict with French public order, a significant proportion of these rites falls within French criminal law. This study aims to decipher the processes that are linked to incrimination (constructing criminal law) and punishment (implementing criminal law) of various cultural issues resulting in these rites.

Key-words: culture, offence, criminal punishment, communities.

La société française ne cesse de se complexifier. Au gré des flux migratoires la population tend à devenir de plus en plus hétérogène. Ce faisant, la nation française est composée d'individus issus d'horizons différents. Ainsi diverses communautés cohabitent et forment les composants essentiels de la société française. Cette pluralité de cultures coexistant en France ne trouve pas de reconnaissance institutionnelle, en revanche, le droit s'appliquant à chacune d'elles peut parfois différer. Par-delà l'application formelle des principes d'unité de la République et d'égalité des individus, l'appréhension juridique du fait culturel laisse entrevoir des aspects de la législation parfois défavorables à certains groupes d'individus. La législation ainsi que le juge contribuent, plus ou moins subtilement, à refouler la différence culturelle. Il demeure qu'au cœur de ce processus subsiste un éternel conflit de culture, que la législation tend à cristalliser.

La crainte d'établir une définition réductrice ou rigide de la culture est due à la nature même de la notion de culture[1]. En effet, *« la richesse de l'ensemble des composantes socio-historiques de cette notion empêche qu'elle se trouve figée dans une définition unitaire »*[2]. Il reste au juriste une définition anthropologique sur laquelle il peut tout de même utilement s'appuyer. Selon celle-ci, la culture peut être considérée comme *« un ensemble de systèmes symboliques au premier rang desquels se placent le langage, les règles matrimoniales, les rapport économiques, l'art, la science, la religion. Tous ces systèmes visent à exprimer certains aspects de la réalité physique et de la réalité sociale, et plus encore, les relations que ces deux types de réalité entretiennent entre eux et que les systèmes symboliques eux-mêmes entretiennent les uns avec les autres »*[3].

Parfois le culturel intègre dans son ensemble une part du cultuel. Il semblerait en effet que le religieux et le culturel soient indissociables sur certains aspects. En ce sens, de nombreuses pratiques dites culturelles sont en fait des pratiques également religieuses. La religion est, selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'unique expression culturelle explicitement protégée par la Convention[4]. Ainsi, les religions sont enchâssées dans leur culture d'origine[5]. En effet, les religions sont accompagnées de nombreux marqueurs culturels issus du contexte de leur émergence. Cependant, il est tout à fait possible de constater que les religions ne sont pas liées de manière définitive à la culture qui leur a donné

[1] C. BORIES, *Le patrimoine culturel en droit international,* thèse Paris 2011 Editions A. PEDONE, p. 43.
[2] G. CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés,* LGDJ, 1997, Paris, p. 14.
[3] C. LEVI-STRAUSS, « Introduction à l'œuvre de Marcel Mauss », *Sociologie et anthropologie,* Paris : PUF, 1966, p. 19.
[4] C. DE BEAUSSE DE LA HOUGUE, *La liberté religieuse en Europe,* Thèse Paris, 2003, p. 49.
[5] R. AZRIA et D. HERVIER-LEGER, *Dictionnaire des faits religieux*, PUF, Paris, 2010, voir le terme « acculturation ».

naissance. Si la religion a pu jouer un rôle prépondérant, dans la construction de l'identité nationale[6], celle-ci a pu parfois s'émanciper et s'est autonomisée. Certaines croyances ont rompu les liens territoriaux qui les unissaient à leur culture[7].

Toutefois, distinguer le religieux du culturel reste une entreprise délicate. Cette distinction peut être plus ou moins aisée selon la religion concernée. L'exemple du christianisme a donné lieu, sur ce point, à de nombreuses controverses[8]. Par conséquent, l'emploi du terme culturel ici, recouvrira les faits culturels, mais également les faits cultuels. Il reste que la religion n'a toujours pas fait l'objet d'une définition juridique. La Cour européenne des droits de l'Homme a posé une définition juridique de la liberté de religion[9] et a rappelé l'importance de son respect du point de vue du pluralisme et de la démocratie[10], cependant elle ne définit pas la religion en tant que telle. En réalité aucune convention traitant de la liberté de religion ne définit la notion de religion[11].

La différence culturelle est loin d'être ignorée ; bien au contraire le droit pénal l'appréhende. La loi pénale incrimine en effet un certain nombre de pratiques à travers le code pénal. Sous couvert de généralité, la loi vise en fait une certaine catégorie d'individus[12]. Parfois il peut également s'agir de comportements issus de diverses cultures que le droit pénal cherche à appréhender à travers des incriminations déjà existantes[13]. Ce faisant, certains faits culturels se transforment en stigmates. Ils symbolisent l'altérité et participent à un processus

---

[6] J-P WILLAIME, « Les religions et l'unification européenne », *in* G. DAVIE et D. HERVIEU-LEGER (dirs), *Identités religieuses en Europe,* Paris, La Découverte, 1966, p. 291-312.

[7] C'est le cas lorsque d'autres religions empruntent à une religion certains de ses éléments. C'est également le cas lorsque les croyants rencontrent d'autres cultures. A ce titre, il est possible d'évoquer certains moments de l'histoire tels que les missions ou les mouvements migratoires.

[8] Par exemple en Inde, le jésuite Nobili (1577-1656) caractérisait comme civiles, des pratiques comme le port du cordon des brahmanes, alors que les missionnaires y voyaient une connotation religieuse.

[9] Article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.

[10] CEDH, affaire *Buscarini et autres c. Saint-Marin,* Requête n°24645/94, 18 février 1999 (§34) : « la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une société « démocratique » au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, ais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme, chèrement conquis au cours des siècles – consubstantiel à pareille société ».

[11] J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'Homme,* Bruylant, Bruxelles 2006, p. 71

[12] Ainsi les gens du voyage se voient par exemple appliquer une législation qui leur est largement défavorable. Il est également possible de citer les femmes de confession musulmanes qui sont indirectement visées par la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public du 11 octobre 2010.

[13] Il est possible de citer à ce titre l'infraction de violences volontaires qui a permis de condamner la pratique de l'excision par exemple.

de catégorisation initié par la loi pénale. La répression pénale accentue pour sa part l'incompréhension qui résulte de ce conflit de culture.

Cette étude s'articulera autour de plusieurs infractions qui tentent de neutraliser certaines pratiques culturelles, celle-ci seront nommées dès à présents « infractions culturelles ». Ainsi, certaines pratiques culturelles particulières ont été choisies dans la mesure où elles semblent être les plus représentatives du résultat de l'action pénale sur la différence culturelle. Il ne s'agit donc pas d'une étude exhaustive de l'action pénale sur les différences culturelles, mais d'une étude sélective des comportements culturels les plus représentatifs de l'action pénale sur la différence culturelle. Ainsi certains faits culturels que le droit pénal appréhende seront exclus, tels que la sorcellerie par exemple. Toutefois une plus grande attention sera portée sur les processus d'exclusion et de stigmatisation, qui frappent des communautés telles que les tsiganes ou encore les populations d'origine africaine de confession musulmane. Ces catégories d'individus voient remettre en cause leur mode de vie, et parfois l'expression de leur religion, mais également la pratique de leurs rites. Pour ces communautés, la mécanique juridique n'encourage pas le développement, la conservation et la transmission de la culture. Bien au contraire, à leur égard le droit pénal œuvre à l'assimilation de ces communautés à a culture dominante et endigue le renouvellement ainsi que l'enrichissement culturel[14].

Il est nécessaire de définir ce que recouvre ici l'expression d'infraction culturelle. Si l'infraction consiste en la violation d'une loi de l'État, résultant d'un acte externe à l'homme, positif ou négatif, socialement imputable, ne se justifiant pas par l'accomplissement d'un devoir ou l'exercice d'un droit, et qui est puni d'une peine prévue par la loi[15], on discerne d'emblée la dissemblance entre l'acte déviant et l'acte culturel qui pourrait trouver sa justification dans « l'accomplissement d'un devoir ». Il y a, le plus souvent, deux dimensions qui s'attachent à l'infraction culturelle : une portée traditionnelle et une dimension religieuse. C'est pour se conformer à la tradition, à la religion, voire aux deux, que l'auteur de l'infraction culturelle viole la loi de l'Etat. L'infraction culturelle résulte au fond de conceptions divergentes de la justice. Il s'agit de la rencontre entre une conception traditionnelle de la justice propre à un groupe déterminé et de la conception de la justice issue du modèle pénal français. L'apparition de ce type d'infraction à coloration culturelle est un phénomène commun à de nombreux pays d'Europe[16].

[14] S'agissant des gens du voyage, l'infraction d'occupation illicite du terrain d'autrui fragilise directement cette population au cœur de ce qui constitue l'essence même du mode de vie nomade.

[15] F. CARRARA, *in Opuscoli di dirritto criminale,* 1805, p. 147.

[16] Le tribunal de première instance de Dordrecht. Le tribunal a pu utiliser l'expression de « *délit culturel* », le 12 janvier 1979, Nederlandse Jurisprudence 19/7.

Au fond l'infraction culturelle résulte d'un conflit de culture qui surgit lorsque les valeurs morales et les normes de conduite sanctionnées par le code pénal d'un pays donné à un moment donné de son histoire sont en désaccord avec les valeurs et les normes adoptées par des groupes d'individus qui ont une conception différente de la vie en société[17]. Dès lors, la crise résulte du refus d'assimilation de minorités non conformistes, face à la pression de la majorité. Finalement l'infraction culturelle démontre l'échec d'un processus d'uniformisation culturelle par le droit. Ces infractions sont le résultat de comportements issus de communautés appartenant aux cultures minoritaires d'un état, qui refusent d'abandonner une partie de leur identité culturelle. En effet lorsque la loi pénale prohibe certains rites, elle entame un processus d'acculturation. Ce processus allant à l'encontre de la préservation de la diversité culturelle, l'infraction culturelle illustre la persistance de certains groupes dans leur volonté de préserver leur mode de vie traditionnel.

Autrefois les populations colonisées ont été assujetties au droit colonisateur pénal qui transformait en infraction des usages, considérés jusque-là comme tout à fait licites au regard du droit traditionnel[18]. Suite à la stabilisation des mouvements migratoires post coloniaux en Europe, les conflits de culture se sont multipliés. Se constituent dans les sociétés d'accueil, plusieurs communautés dont la vision du « bon » ou du « mauvais » se cristallise à travers un corpus de règles. Coexistent dès lors des intérêts différents, concurrents et surtout une superposition de normes aboutissant à la création d'une société plurielle. Dans le contexte d'immigration qui s'est constitué ces dernières années, il ressort que certains « héritages culturels » sont davantage producteurs de « déviance culturelle ». Sont ici visés les groupes de parenté caractérisés par un fort contrôle familial ainsi qu'un ancrage important du groupe dans une croyance religieuse. Au sein de ces groupes figurent par exemple les communautés patrilinéaires[19] musulmanes qui s'avèrent plus « violentes » que les communautés matrilinéaires[20] dans la mesure où les premières imposent par exemple la polygamie, ou encore la virilocalité[21]. Souvent dans le cas de la violation d'une norme du code pénal, se dégagent en fait

[17] R. MERLE et A. VITU, Traité de droit criminel, *Droit pénal général*, Septième édition, Cujas, 1997, p. 69.

[18] Des pratiques comme les meurtres rituels, la sorcellerie, l'anthropophagie, des institutions telles que la polygamie, inhérentes à certaines communautés ont été déclarées incompatibles avec les principes occidentaux, voir en ce sens G. KOUBI, S. KODJO-GRANDVAUX, « Droit et colonisation », *Droit et Cultures*, 2006-2, n°52.

[19] Le petit Robert, *Dictionnaire Le Robert*, 2002, Paris : Se dit d'un type de filiation fondé sur l'ascendant paternel.

[20] Le petit Robert, *Dictionnaire Le Robert*, 2002, Paris : qui ne reconnait que l'ascendant maternelle.

[21] Le petit Robert, *Dictionnaire Le Robert*, 2002, Paris : la virilocalité désigne un mode de résidence des jeunes époux qui doivent construire leur habitation dans le village des parents du mari.

plusieurs infractions culturelles telles que la polygamie[22], le mariage forcé de mineurs d'âge, l'excision, la non-déclaration de nouveaux nés. Au contraire, il ressort de l'ethnocriminologie, que certaines communautés sont peu génératrices de comportements déviants. C'est le cas des sociétés agraires ou encore des sociétés nomades, au sein desquelles la résolution des conflits ne passe pas par la violence mais par la séparation temporaire ou définitive du groupe.

L'exception culturelle se voit refoulée soit que les juges refusent de tenir compte des différences culturelles et entrent en voie de condamnation nonobstant des revendications ou arguments différentialistes[23], soit que la loi pénale elle-même vise une situation particulière ou une catégorie spécifique de personnes[24]. Il résulte de l'impact de la législation pénale sur le fait culturel, un appauvrissement culturel dû à la disparition de certaines pratiques culturelles qui, parce que considérées comme contraires à l'ordre public et aux valeurs républicaines, sont appréhendées à travers diverses incriminations pénales. La loi comme la jurisprudence portent un coup d'épée à la différence culturelle. A l'heure où le droit s'ouvre aux différences et aux revendications de certaines communautés, le droit pénal s'inscrit toutefois en opposition avec la jurisprudence européenne pour qui la diversité culturelle représente un atout et mérite d'être protégée, notamment certains modes de vie traditionnels[25].

Les thématiques abordées font naitre diverses interrogations, cependant, dans le cadre de cette étude, la problématique à laquelle il conviendra de répondre concerne l'impact du droit positif sur les pratiques culturelles choisies. Autrement dit ; que révèle la prise en considération du fait culturel par le droit pénal ? Il s'agira de décrypter la manière dont est appréhendée la différence culturelle, ainsi que de relever les effets directs et indirects de l'appréhension de la différence culturelle par les pouvoirs publics. Pour se faire, il conviendra de décomposer les mécanismes propres à l'incrimination des comportements culturellement motivés. La désignation de l'inhumain, de l'altérité et des comportements prohibés, parce qu'ils sont contraires aux valeurs de la République, par la loi n'est pas une opération dénuée de subjectivité. Au contraire, malgré son caractère général, la loi parvient parfois à distinguer indirectement entre catégories d'individus. La

[22] Le petit Robert, *Dictionnaire Le Robert*, 2002, Paris : se dit d'un homme ou d'une femme uni(e) à plusieurs conjoints par des liens légitimes.
[23] Ici, il est fait, par exemple, référence à l'excision, pour laquelle les arguments culturalistes ont régulièrement été évincés par les juges.
[24] C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *Archives de politique criminelle,* 2014/1 (n°36), p. 25, qui fait référence ici à la communauté musulmane (notamment les femmes de confession musulmane, suite à l'adoption de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public).
[25] Voir en ce sens le rapport rédigé par la Division de la Recherche : *Les droits culturels dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,* qui peut être téléchargé à l'adresse suivante : www.echr.coe.int.

catégorisation, lorsqu'elle confère à certains groupes un régime juridique défavorable peut constituer un facteur de stigmatisation et de marginalisation. Ces conséquences sont d'autant plus grandes lorsqu'elles s'appliquent à une catégorie parfois vulnérable de la population telles que les communautés issues de l'immigration. En outre, la répression pénale a constamment écarté l'aspect culturel. Le droit pénal fait aujourd'hui une place étroite au fait culturel qui bénéficie dans de rares cas de l'autorisation de la loi, cependant l'évolution de certains concepts juridiques encore naissants pourrait permettre de faire la part belle aux expressions culturelles. Autrement dit, le refus de la différence par le droit pénal, se matérialise à travers l'édiction d'infractions destinées implicitement à certaines catégories de la population, mais peut également résulter de la répression de comportements inhérents à un mode de vie traditionnel, par des incriminations plus générales. L'analyse des effets concrets de l'application de telles incriminations dans des cas visant un comportement culturellement motivé, démontre, outre la fragilisation du sujet, un appauvrissement voire la disparition de l'essence culturelle de certaines pratiques et parfois la disparation de traditions millénaires. Le résultat de certaines législations aboutit à un véritable processus d'acculturation. Il semblerait dès lors que l'intégration à la française implique l'uniformité. En effet, l'absorption du fait culturel par le droit pénal conduit inévitablement le sujet à abandonner un aspect de sa culture (que ce soit son mode de vie, sa situation par rapport au groupe social dans lequel il s'inscrit, ou encore un aspect de l'expression de sa confession, *etc.*).

La différence culturelle, lorsqu'elle est appréhendée par le droit pénal, se voit refoulée à deux niveaux. D'abord, c'est au stade de l'incrimination que le droit pénal fragilise la différence culturelle. En effet certaines incriminations auront été pensées spécialement à destination de certaines pratiques culturelles et d'autres, plus générales et plus anciennes, permettront d'englober d'autres pratiques culturelles. Autrement dit, l'incrimination qui constitue l'étape initiale de qualification de l'essence infractionnelle de l'acte vise directement ou indirectement des pratiques jugées intolérables.

Ensuite, la différence culturelle se voit fragilisée au stade de la répression. En effet, s'agissant de la répression du fait culturel, la répression a quelque chose de particulier dans la mesure où celle-ci s'accompagne d'effets néfastes pour le sujet en cause. De manière globale, il est un constat régulier qui est celui de la marginalisation du sujet ainsi que de la stigmatisation de la communauté frappée par la répression pénale. Aussi, à certains égards la répression peut aggraver la situation du sujet. Dans le cas où la répression vise des pratiques traditionnelles qui constituent par exemple le cœur, ou un aspect fondamental propre à une organisation sociale, il sera quasiment impossible d'enrayer les pratiques visées par le biais de la répression pénale. Au contraire, la répression peut provoquer l'intensification du danger, voire l'augmentation du nombre de pratiques clandestines. Ainsi le facteur culturel met en échec les mécanismes traditionnels

de la répression pénale. De ce fait, il sera intéressant d'envisager divers outils juridiques permettant de pénaliser autrement ou encore de trouver une alternative à la pénalisation de l'infraction culturelle.

En définitive, s'intéresser aux différences culturelles sous l'angle du droit pénal, c'est d'abord s'intéresser aux procédés liés à l'incrimination de ces différents comportements culturellement motivés (Partie I). C'est également s'intéresser aux mécanismes liés à la répression de ces comportements (Partie II).

I. – Les infractions culturelles

Le principe d'égalité et le concept d'unité du peuple français sont les principales justifications au refus d'institutionnaliser les différences. Toutefois le droit pénal va plus loin dans la mesure où celui-ci pénalise la différence culturelle. Certaines communautés se heurtent parfois à une législation répressive, notamment en ce qu'elles perpétuent des traditions auxquelles le droit pénal s'oppose. Ainsi, loin d'accueillir la différence culturelle, le droit pénal la combat mais pas de manière frontale. Sous-couvert de généralité, le droit pénal porte un coup d'épée à diverses pratiques culturelles à travers les infractions relatives à l'intégrité corporelle (A) ou encore à travers les infractions venant sanctionner l'expression d'une identité culturelle (B).

A.– Les infractions culturelles portant atteinte à l'intégrité corporelle

La pratique de la circoncision échappe totalement à la répression en France (1). En revanche la pratique de l'excision tombe sous le coup de la loi pénale (2). Si la circoncision ne semble faire naitre aucun conflit de culture, l'excision est, pour sa part, révélatrice de la tension qui existe entre les droits de l'homme et les particularismes culturels. Ces deux pratiques consistent chacune en une atteinte à l'intégrité corporelle et font pourtant l'objet d'un traitement juridique foncièrement différent.

1 – La circoncision

Vers un traitement juridique de la circoncision plus conforme au droit commun. La doctrine se prononce plutôt pour un traitement de la circoncision qui serait identique à celui des mutilations corporelles, et ce dans un souci de cohérence de l'état du droit. En outre on peut relever l'initiative de certains juges

en France qui condamnent cette pratique[26]. Cette tendance pourrait s'accentuer davantage dans la mesure où le Tribunal de Cologne a récemment remis en cause la pratique de la circoncision en Allemagne par un brutal revirement de jurisprudence. Désormais la circoncision rituelle est passible d'une condamnation pénale[27]. Toutefois, la récente répression de la circoncision en Allemagne n'est cependant pas représentative de la politique jurisprudentielle commune aux états européens. En Belgique, les tribunaux considèrent depuis fort longtemps que *« la circoncision, en elle-même, ne représente pas une pratique contraire à l'ordre public international belge »*[28].

La circoncision rituelle : une pratique amplement tolérée[29]. La jurisprudence française tolère la pratique de la circoncision[30]. Par ailleurs la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant qui tend *« à abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants »* par le biais de son article 24 al 3 ne vise pas la pratique de la circoncision, alors que les travaux préparatoires font clairement ressortir la volonté d'éradiquer la pratique de l'excision[31]. Dans la jurisprudence relative à la circoncision, les cas de litiges sont généralement liés au refus des juges d'autoriser une circoncision rituelle pour défaut de consentement des deux parents[32].. Ainsi la circoncision est une atteinte à l'intégrité corporelle, non consentie par la victime mineure, tolérée par le droit pénal. Si la circoncision est une mutilation, alors elle devrait être soit interdite, soit justifiée par un fait justificatif. Or l'autorisation des usages et de la coutume ne saurait constituer un fait justificatif à la pratique de la circoncision car il d'une pratique *contra legem* étant donné que la circoncision consiste bien en une mutilation.

La qualification de l'acte de circoncision. Si la circoncision n'a pas encore fait l'objet d'une répression, elle n'en représente pas moins une atteinte à l'intégrité corporelle au sens des articles 222-7 et suivants du code pénal. En matière de violences volontaires, l'infraction est invariablement consommée dès

---

[26] Ordonnance rendue par le Tribunal de grande instance de Laval, le 16/06/2002, *AJ Famille* 2002 p. 222, « La circoncision d'un enfant musulman demandée par les enfants est refusée par le juge ». En l'espèce, le juge a pu qualifier la circoncision de « *violence physique* ». Ce dernier a également fait appel à l'article 34 de la Convention des droits de l'enfant pour justifier son ordonnance.
Voir également CA Paris, 1er ch. B, 29 sept 2000. *Contra* : TGI Paris, 6 novembre 1973.

[27] Tribunal de Cologne, 7 mai 2012, Az.: 151 Ns 169/11.

[28] CA Liège, ch. jeun, 9 avr. 1981, *RT.Dt. familial* 1982.327 s., spéc. p. 333.

[29] Malgré son caractère mutilant, il n'existe cependant, dans le droit positif, aucune forme de procès fait à la circoncision, tel que cela existe pour l'excision.

[30] TGI Paris, 6 nov. 1973, *Gaz. Pal*. 1974.1.299, note P. BARBIER.

[31] Convention de l'Organisation des Nations Unies, relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

[32] CA Paris 29 septembre 2000, *D*. 2001 1585 note C. DUVERT, voir également : Cass 1ère civ 26 janvier 1994. *D* 1995 Jur. p 226 note C. CHOAIN.

lors qu'est démontrée une atteinte à l'intégrité corporelle de la victime. Cependant la qualification est affaire de degré et fait varier la réponse pénale en fonction de la gravité de l'atteinte. Par conséquent la simple constatation d'un dommage, aussi mineur soit-il permet d'établir la matérialité de l'infraction. De ce fait la pratique de la circoncision est une pratique susceptible de faire l'objet d'une répression au titre de l'infraction de violences volontaires[33].

La circoncision constitue une mutilation génitale et peut donc recevoir une qualification criminelle. Dans l'éventualité où la Cour de Cassation se prononcerait en faveur de la répression de la circoncision, cet acte tomberait sous le coup de l'incrimination de violences volontaires ayant entrainé une mutilation. Par ailleurs, la Cour de cassation a déjà pu qualifier la circoncision de « voie de fait » étant donné l'atteinte à l'intégrité physique[34]. Dans le cas où la qualification de mutilation ne serait pas retenue, la circoncision pourrait également recevoir la qualification de violence délictuelle pour violences pratiquées sur un mineur de quinze ans[35]. La technique pénale est ainsi faite que la loi pénale couvre toute atteinte à l'intégrité[36]. Ainsi, le régime juridique de l'acte de circoncision diffère, sans justification, de celui de l'excision. Il introduit une incohérence dans la politique pénale en ce qu'elle soumet deux actes de même nature à deux traitements juridiques de nature différente.

Droits fondamentaux, diversité culturelle et droits de la Convention. La grande majorité des pays occidentaux est confrontée à ces comportements. Les réponses pénales varient énormément. Elles s'accompagnent toutes d'inconvénients équivalents. Il n'existe pas, en Europe, aujourd'hui un traitement juridique convainquant du fait culturel. Le fait, pour l'État, de devoir protéger des comportements culturellement inspirés portant atteinte à ses valeurs fondamentales, c'est lui demander, le plus souvent, de porter atteinte à des droits fondamentaux au nom d'une certaine reconnaissance de la diversité culturelle. Aussi, l'exigence de reconnaissance de la diversité imposée par le droit européen ou international trouve ses limites dans le respect des droits fondamentaux. Plusieurs droits de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme permettent d'exprimer, de conserver ou de transmettre une identité culturelle. Toutefois la prise en compte de la spécificité culturelle ne signifie pas pour autant que l'État ne puisse interdire certaines pratiques qui seraient contraires aux droits

[33] Cette configuration peut s'illustrer par l'article R. 624-1 du code pénal qui définit la contravention de quatrième classe d'atteinte volontaire à l'intégrité de la personne sans qu'il en soit résulté d'incapacité totale de travail. Cet article illustre le fait que l'élément qui permet de constituer l'infraction est bien le constat du dommage et non pas son intensité.
[34] Cass 1ère civ 26 janvier 1994. *D.* 1995 Jur p 226 note C. CHOAIN.
[35] Article 222-13 du code pénal.
[36] Si l'on évacue la question des atteintes consenties tels que les sports violent, ou encore les atteintes consenties dans le cadre de la chirurgie plastique.

fondamentaux[37]. D'autre part, il est acquis que l'État membre de la Convention, doit assurer à toute personne placée sous sa juridiction, le respect effectif des droits de la Convention. Ce dernier est responsable quand bien même la violation des droits fondamentaux aurait eu lieu au sein de la sphère familiale ou domestique[38]. Ce faisant, la Cour, par sa jurisprudence, impose un effet horizontal aux obligations imposées aux états membres. Elle créer ainsi une sorte de *Drittwirkung* de la Convention en interdisant par exemple, dans le droit interne d'un État, que puisse être possible l'administration, y compris par des personnes privées, de peine ou traitements inhumains ou dégradants contraires à l'article 3 de la Convention, en particulier à des enfants, y compris dans le cadre familial[39]. Si l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne, bien qu'elle ne se prononce pas expressément sur la circoncision, elle laisse à penser que cette pratique pourrait faire l'objet d'une répression[40].

2 – L'excision

La problématique que fait naître l'excision. La culture d'origine africaine génère une pratique qui entre en confrontation directe avec une autre culture. L'excision constitue l'« infraction culturelle » par excellence[41]. Elle est à

[37] Commission, *Sept personnes c. Suède*, requête n°8811/79, décision du 13 mai 1982, D.R, 29, p. 117 : la Cour européenne des droits de l'homme est venue réduire la liberté d'éducation de parents, par ailleurs membres d'une congrégation protestante, dans la mesure où ces derniers infligeaient à leurs enfants des châtiments corporels, qui selon eux, s'imposaient conformément aux préceptes que leur imposait leur foi. A cette occasion la Cour avait validé la législation litigieuse visant à protéger l'intégrité corporelle des enfants dans la mesure où celle-ci visait à « *protéger des éléments réputés faibles et vulnérables dans la société* ».

[38] CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A, vol 95, (§23).

[39] J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La portée du droit des minorités par la Cour européenne des droits de l'homme.* Bruylant, Bruxelles, 2006.

[40] CEDH, *A c. RU*, 23 sept 1998, Rec, 1998-VI, (§22), à propos de coups de bâtons donnés par un parent à son beau-fils. La Cour ne néglige pas pour autant l'aspect préventif, elle a pu juger que *« les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'État, sous la forme d'une prévention efficace, les mettant à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne ».* Toutefois pour que l'État puisse être considéré comme responsable des atteintes à l'intégrité envers les enfants, encore faut-il que les autorités nationales soient saisies en ce sens. Or dans le cas de la circoncision, les poursuites ne sont que très rarement engagées.

[41] Ce rite est pratiqué initialement par les sociétés issues de l'Afrique du nord-est : Soudan, Érythrée, Djibouti, Somalie et plus exceptionnellement au Mali et au Nigéria. Cependant, suite aux mouvements migratoires, cette pratique s'est étendue sur le territoire européen. La pratique de l'excision est indépendante de la religion musulmane. Il est établi que l'excision est un rite antéislamique. En outre il n'existe aucune mention de ce rituel dans le Coran. Cependant il arrive que l'excision soit revendiquée par certaines familles comme un impératif religieux. Dans ce cas, la fonction de ce rite est détournée. L'excision est utilisée pour préserver certaines valeurs véhiculées par l'islam, telles que la virginité, la chasteté. La récupération de ce rite par

elle seule une interrogation sociétale et fait résonner le désaveu de l'opinion publique. Par son caractère extrême elle met en exergue le conflit de normes et interroge sur les valeurs fondamentales protégées par les droits de l'homme[42]. Les pouvoirs publics ont dès les années soixante-dix, choisi d'appréhender cette pratique à travers la voie judiciaire. La Cour de cassation va d'abord criminaliser l'excision, puis la qualifier de mutilation génitale. Par conséquent elle est appréhendée par l'article 222-7 du code pénal réprimant l'infraction de « violences ». De surcroit, les procès en excision sont des procès embarrassants. Ils témoignent d'un malaise apparent dans la mesure où la culture interfère dans l'application des normes par le juge. C'est justement parce que cette infraction touche aux intérêts et aux valeurs fondamentales défendues par la société d'accueil qu'elle fait l'objet d'une répression sévère[43]. Loin de vouloir légitimer l'excision, il conviendra cependant de constater que cette répression demeure stérile[44].

La signification du rite. Initialement ce rite avait pour finalité la différentiation des sexes[45]. Il consistait en le retrait de ce qui s'apparentait à un signe de virilité. Le clitoris étant associé à la verge, symbole de l'autorité masculine, *« la pratique de l'excision s'appuie sur la volonté d'ôter à la femme ce qui pourrait constituer une assise psychologique à un quelconque exercice du pouvoir »*[46]. Le rite est par conséquent une condition d'accès à un statut social : celui de la femme soumise à l'autorité de l'homme. C'est pour pouvoir assumer le statut qui lui est destiné et pour adopter le comportement auquel elle doit se conformer qu'est façonné de cette manière le sexe féminin[47]. Sur un plan moins

---

la religion musulmane lui confère une assise religieuse. De ce fait la pratique de l'excision bénéficie d'une légitimité renforcée au sein des communautés musulmanes.

[42] A-R FAVRETTO, « Infibulation : un problème nié ? Quelques brèves notes sur le problème des mutilations sexuelles en Italie », *Droit et Cultures,* 1993, n°25, L'Harmattan, Paris, p. 147.

[43] J. DUBOIS, « Une violence sacralisée – La judiciarisation de l'excision », E. LE ROY et T. VON TROTHA (dir), *La violence et l'État. Formes et évolution d'un monopole*, L'Harmattan, Paris, 1981.

[44] *Cf infra.*

[45] Il existe plusieurs types d'excision allant de la mutilation légère à l'ablation complète de l'utérus. L'excision la plus légère peut consister en une simple coupure du clitoris. L'excision peut ensuite consister en une ablation du capuchon clitoridien (aussi appelée excision sunna). L'excision élargie est, quant à elle, la plus répandue ; elle consiste en l'ablation de la totalité du clitoris ainsi que des petites lèvres. Enfin, la plus douloureuse est l'infibulation (aussi appelée circoncision pharaonique au Soudan) qui consiste en l'excision élargie accompagnée d'une fermeture de l'orifice vaginal par suture des grandes lèvres. Enfin, bien que ce rite se pratique en général sur des filles âgées de moins de quinze ans, il peut arriver que l'excision soit pratiquée sur des femmes adultes comme sur des nourrissons.

[46] S. FAINZANG, « Excision et ordre social », *Droit et Cultures*, 1990, p. 17, qui est en fait une recherche sur la pratique de l'excision en France en milieu immigré (enquête menée en 1983 à la demande du ministère des Droits de la femme auprès des familles africaines immigrées sonike et bambara).

[47] I. GILETTE-FRENOY, *L'excision et sa présence en France,* Ed GAMS, Paris, 10992, p. 185.

théorique, l'excision a pour conséquence de supprimer toute sensation de plaisir lors de l'acte sexuel et transforme le sexe féminin en réceptacle uniquement destiné à donner la vie. En effet, l'excision permet à la femme de se dévouer à la gestation qui constitue l'unique domaine dans lequel elle est valorisée dans les communautés soumises à un ordre culturel dans lequel l'acte d'excision est au cœur de la tradition[48].

Excision et circoncision. Il n'existe pas d'équivalence entre la circoncision et l'excision. En revanche, depuis l'origine de cette pratique, ces deux rituels d'identification sexuelle sont aussi indispensables l'un que l'autre d'un point de vue anthropologique. Ils se pratiquent en miroir. Toutefois, avec l'islam, l'excision et la circoncision cessent d'être un rituel de différenciation des sexes et des statuts sociaux. Cette pratique devient la marque d'une appartenance religieuse[49]. Contrairement à sa signification originelle, l'excision est aujourd'hui instrumentalisée. Elle constitue d'avantage un moyen pour l'homme d'assoir son autorité[50].

Une répression sévère. Le procès en excision divise quant au sort à réserver aux parents des jeunes filles excisées ainsi qu'à l'exciseuse. A titre d'exemple, lors d'un des nombreux procès d'excision qui ont eu lieu dans les années quatre-vingt-dix, le ministère public avait choisi la voix de la correctionnalisation et d'une répression mesurée[51]. En revanche la Cour décida de condamner l'exciseuse à cinq ans de réclusion criminelle et les parents à trois ans de prison dont deux avec sursis pour complicité à l'excision de leurs six petites filles. Le malaise provient certainement davantage de la politique criminelle que de l'analyse de la Cour de cassation qui suivait à l'époque le raisonnement issu de la loi de 1981[52].

L'excision est une violence ayant entrainé une mutilation. Déjà en 1983, la Cour de cassation qualifiait l'excision de mutilation[53]. Selon une définition

---

[48] J. DUBOIS, « Les impensables de la judiciarisation de l'excision », E. EUDE-ANTOINE (dir), *L'immigration face aux lois de la République,* Karthala, Paris, 1992, p. 156.

[49] H. GIORDAN, « Les minorités ethnico-sociales entre le terrorisme et le silence », A. FENET et G. SOULIER (dir), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, L'Harmattan, Paris, 1989, p. 185.

[50] M-J BOURDIN, « Tu ne couperas point », E. RUDE-ANTOINE (dir), *L'immigration face aux lois de la République*, Karthala, Paris, 1992, p 176 à 187 : il a été démontré que le caractère « rituel » de l'acte tendait à disparaître. L'excision a été détournée de sa fonction première et dépasse le simple marquage des corps pour devenir une véritable mutilation (il est frappant de constater une disparition de la pratique de l'excision symbolique qui consiste en une simple coupure du clitoris, au profit de la généralisation de l'infibulation).

[51] Crim 9 mai 1990 (Droit pénal, nov. 1990, n° 291, non publié au Bulletin).

[52] G. LEVASSEUR, « Qualification criminelle de l'excision », *RSC,* 1991, p. 565.

[53] Affaire D. RICHER-PEYRICHOUT (n°85192 616 B) du 20 août 1983 citée dans G. LEVASSEUR, « Qualification criminelle de l'excision », *RSC*, 1991, p. 565 : *« Les faits relevés, à les supposer établis, réuniraient à la charge de l'inculpée les éléments constitutifs du crime de violences*

purement médicale, la mutilation consisterait en la « perte partielle ou complète d'un membre ou d'un organe externe »[54]. Selon une définition plus commune la mutilation est définie comme l'« ablation » ou la « détérioration » d'un membre ou d'une partie externe du corps[55]. L'ancien article 310 du code pénal assimilait la mutilation à une amputation ou à la privation de l'usage d'un membre. Le nouveau code pénal reprit le terme mutilation qui est désormais à concevoir de manière plus large. La mutilation se caractérise par son irréversibilité ce qui en fait en médecine un acte grave[56]. Conformément à ce postulat, la jurisprudence a établi que la ligature des trompes ne pouvait pas être qualifiée de mutilation dans la mesure où son caractère irréversible faisait défaut[57]. D'un point de vue médical, il est communément admis que l'excision désigne *« toutes les interventions aboutissant à une ablation partielle ou totale des organes génitaux externes de la femme ou toute autre lésion des organes génitaux féminins pratiquée à des fins non thérapeutiques* »[58]. En outre, la Cour a eu l'occasion d'affirmer le caractère foncièrement mutilant de l'excision[59], qu'elle assimile d'ailleurs à la castration[60].

Sur la réalité de l'intention coupable des violences volontaire. L'élément moral de l'incrimination de violences reste distinct de l'intention coupable de torture et acte de barbarie. Certains auteurs, à propos de l'infraction de violences volontaires, sont même allés jusqu'à affirmer l'absence d'intention de porter atteinte à l'intégrité physique dans le cas de l'excision[61]. L'élément psychologique consiste à se représenter mentalement les faits tels qu'ils sont

---

exercées par une mère légitime sur un enfant de moins de quinze ans et ayant entraîné au sens de l'article 312 alinéa 3 du code pénal, une mutilation ».

[54] Dictionnaire de médecine, Flammarion, abris, 1985.

[55] Dictionnaire Le Robert, Paris, 2006.

[56] Aussi l'article R.4127-41 du code de la santé publique pose l'interdiction suivante : *« aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement ».*

[57] Crim. 19 janv. 2005, no 03-87.210, *D.* 2006, pan. 1200, obs. Galloux, *Dr. pénal* 2005. Comm. 55, obs. VERON : *« a justifié sa décision la cour d'appel qui, pour confirmer une ordonnance de non-lieu dans des poursuites exercées contre un médecin accoucheur du chef de violences volontaires ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, pour avoir, sans leur consentement, procédé à une ligature des trompes de deux de ses patientes, a constaté que le caractère criminel de l'infraction ne pouvait être retenu, les victimes n'étant, d'une part, ni mutilées, ni infirmes permanentes, au sens de l'article 222-9 du code pénal, et, d'autre part, leur stérilité étant réversible ».*

[58] HCDH, OMS, ONUSIDA, PNUD, UNCEA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM. Éliminer les mutilations génitales féminines : Déclarations interinstitutions. Genève : OMS ; 2008 : 22–7. Ce document est disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.who.int/reproductivehealth/publications/fgm/9789241596442/fr/index.html – consulté le 29 décembre 2011.

[59] Crim. 20 août 1983, no 83-92.616, Bull. crim. no 229 ; Crim. 9 mai 1990, *Dr. pénal* 1990. Comm. 291 ; Paris, 10 juill. 1987, *D.* 1987, IR 197, *RSC* 1989. 108, obs. LEVASSEUR.

[60] Crim. 16 nov. 2004, no 04-85.318, *Dr. pénal* 2005. Comm. 22, obs. VERON.

[61] G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et cultures*, 20, 1990, p 201.

incriminés par la loi. Par conséquent lorsque l'image légale concorde avec l'image psychologique de l'auteur, l'intention coupable est constituée. Toutefois dans le cas de l'excision il n'existerait pas de correspondance entre l'image de légale et l'image psychologique. L'image légale correspondrait à une mutilation pour amputer, alors que l'image psychologique correspondrait pour sa part à une circoncision (féminine) bénéfique. L'amputation est synonyme de perte au sens de la loi, alors que la mutilation, au sens de la tradition africaine, est signe d'embellissement quand bien même il faudrait passer par une étape douloureuse. Il s'agit bien là de l'intention et non pas des mobiles, car si l'on comparait l'excision à l'euthanasie, l'auteur de l'homicide a bien conscience qu'il tue quand bien même son mobile serait honorable. Or l'auteur de l'excision considère pour sa part, non pas qu'il mutile mais qu'il circoncit. Du reste, *« dégradation pour les uns, purification ou traitement salvateur pour les autres, toute suppression ou déformation délibérée d'une partie du corps ou altération d'une fonction physiologique ne revêt de signification que par référence à un code socioculturel donné »*[62].

La qualification criminelle de l'excision. La chambre criminelle a opté pour une qualification criminelle en considérant que l'excision constituait en des violences volontaires entraînant une mutilation, pratiquée sur des mineures de moins de 15 ans et, le plus souvent, avec la participation ou la complicité des parents[63]. Ainsi, dès les premières affaires, la répression est exemplaire[64]. Toutefois, la première affaire jugée par la Cour de cassation n'était pas une affaire d'excision rituelle. Il s'agissait en fait d'une jeune femme atteinte de déséquilibres psychologiques ayant mutilé le sexe de son enfant dans un accès de folie[65]. Cependant la Cour a persévéré dans sa jurisprudence, elle pose le principe d'une répression marquée et refuse de prendre en compte le caractère essentiellement culturel de l'acte notamment au stade de la détermination de la peine[66]. Cette forte répression met en avant la volonté de protéger des personnes vulnérables, mais elle manifeste aussi la réprobation des sociétés occidentales face à cette pratique.

---

[62] M. ELRICH, « Notion de mutilation et criminalisation de l'excision en France », *Droit et cultures*, n°20, 1990, p. 150.

[63] Article 222-8 à 222-12 c. pén, ancien art. 310 et 312 c. pén.

[64] Crim. 10 août 1983, Bull. crim. n° 229, n° 1-II ; Crim. 22 avr. 1986, Bull. crim. n° 136, *RSC*, 1986.851, n° 2 ; Crim. 3 mai 1988, Bull. crim. n° 188, *RSC* 1989.108, n° 3-a et 112 n° 5-b ; Paris 10 juill. 1987, *D*. 1987.IR. 197, *RSC* 1989.109, n° 3-b).

[65] Crim. 10 août 1983, Bull. crim. n° 229, *RSC* 1984.73, n° 1-II.

[66] Crim 9 mai 1990 (Droit pénal, nov. 1990, n° 291, non publié au Bulletin) : une affaire dans laquelle six filles avaient été excisées, les parents de celles-ci, ainsi que l'exciseuse avaient été traduits devant la cour d'assises, quand bien même le ministère public avait exprimé sa préférence pour la correctionnalisation. Les sanctions pénales sont élevées, dans cette affaire l'exciseuse a par exemple été condamnée à cinq années de réclusion criminelle.

B.– Les infractions réprimant l'expression d'une identité culturelle

Les infractions réprimant un mode de vie traditionnel mettent en perspective la problématique issue de l'articulation entre les valeurs dites Républicaines et la diversité culturelle. Les comportements en causes, font retentir l'alarme sociale et sont perçus avec hostilité par l'opinion dominante. C'est parce qu'ils menacent la construction d'un « vivre ensemble » que le droit pénal apporte sa contribution en les sanctionnant. La loi dite « *anti-burqa* » entend garantir une certaine conception de la vie en société (1). Il en va de même des incriminations visant des modes de vies qui s'écarteraient de la « norme républicaine » (2).

1 – L'infraction de dissimulation du visage

L'infraction de dissimulation du visage, une infraction de comportement. Ce comportement est perçu par les pouvoirs publics comme une véritable atteinte aux valeurs républicaines[67]. Elle interroge sur la nature de l'ordre public et son rapport à la culture[68]. En l'espèce la loi pénale incrimine une conduite qui vise une manière de se vêtir. Cette conduite consiste, pour le sujet, à vivre en harmonie avec sa culture (la culture intégrant ici le culte)[69]. D'autre part, il est difficile pour les immigrés en situation d'isolement culturel, d'acquérir la conscience du caractère illicite de certains faits, et ce même lorsque ce caractère est évident pour le commun des citoyens.

La sécurité : un fondement paravent. L'interdiction est le reflet d'une volonté politique inavouable[70]. Si l'interdiction était réellement fondée sur la sécurité alors une interdiction circonscrite dans le temps ou dans l'espace aurait suffi. En conséquence, le Conseil d'État a dégagé deux dispositifs dans son *Étude relative aux possibilités d'interdiction du port du voile intégral*[71]. Le premier consisterait *« à affirmer et à étendre les possibilités d'interdiction de la dissimulation du visage pour prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens, dans le cadre de l'exercice des pouvoirs de police générale du préfet*

---

[67] A. BERNARDI, « Le droit pénal, bouclier ou épée des différences culturelles ? », *in Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Bruxelles, p. 531.

[68] M-C. FLOBETS, « Les délits culturels : de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain », *Droit et Cultures*, 35, 1998/1, p. 195.

[69] CEDH, *S.A.S c/ France*, 1er juillet 2014, n°43835/11, (§139) : la requérante expliquait que la tradition sunnite prescrivait aux femmes de se couvrir le visage en public. La Cour reconnait ici la qualité de victime de la requérante dans la mesure où celle-ci est obligée *« de changer de comportement sous peine de poursuites »*.

[70] Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel, n°2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Dalloz* 2011. 1166.

[71] Conseil d'État, 30 mars 2010, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral.*

et, le cas échéant du maire ». Ainsi le Conseil d'État préconisait d'élargir une compétence de police administrative[72]. Le second dispositif consisterait à proscrire la dissimulation du visage lors de l'entrée et de la circulation dans certains lieux. Il s'agirait ainsi d'une interdiction permanente dans certains lieux désignés par voie législative ou règlementaire. Ce dispositif viserait également à proscrire la dissimulation du visage dans le cas où la délivrance de certains biens ou services imposerait l'identification des individus. De plus, le droit antérieur à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, offrait déjà certains dispositifs d'identification ponctuelle des personnes tels que les contrôles d'identité et les vérifications d'identité prévues par le code pénal, ou encore les règles propres à la réalisation de certains documents d'identité (photographies tête nue) ou à l'accomplissement de certaines démarches officielles (mariage, vote).

L'inapplicabilité du principe de laïcité. Le principe de laïcité impose à l'État le respect de toutes les croyances[73]. De ce fait les croyances doivent être placées sur un pied d'égalité et donc bénéficier d'un égal traitement[74]. Une interdiction du port des signes religieux dans l'espace public sur le fondement du principe de laïcité aurait été légitime[75]. L'interdiction n'aurait pas souffert de ce caractère discriminatoire dont elle fait preuve. Elle aurait abouti à un traitement égalitaire des expressions religieuses. En effet il aurait fallu par conséquent interdire tous les signes religieux dans l'espace public, ce qui aurait abouti à ce que les turbans sikhs, les kippas, les soutanes des pasteurs, les scapulaires des religieuses, ne soient plus tolérés dans les rues. Il aurait encore fallu établir la différence entre l'habit traditionnel et l'habit religieux, puis réunir ces derniers dans une circulaire destinée aux forces de l'ordre. Cependant le principe de laïcité ne s'impose qu'aux institutions publiques et a vocation à jouer dans les rapports entre les collectivités publiques et les religions. Ce principe ne peut être imposé à un individu que dans le cas où il ferait partie d'un service public et donc dans le cas où il serait soumis à une obligation de neutralité[76]. Par conséquent la loi fondant l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public ne pouvait pas s'appuyer sur le principe de laïcité.

La création d'une représentation négative. L'habit traditionnel est en général perçu comme un signe d'appartenance à une communauté religieuse ou à une culture. Cependant l'habit traditionnel féminin issu de la religion musulmane fait l'objet de diverses interprétations auxquelles ne se prêtent pas d'autres couvre-chefs traditionnels tels que le turban sikh, ou encore la kippa. Ainsi on

[72] Article L. 2212-2 et L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales.
[73] L. DELSENNE, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *RDP* n°2 p. 427.
[74] C. EBERHARD, « Droit, laïcité et diversité culturelle. L'État français face au défi du pluralisme », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 54, 2005.
[75] H. FULRICHON, « Laïcité : un principe, des valeurs », *Dalloz* 2015, p. 274.
[76] J. SAYAH, « La laïcité réaffirmée : la loi du 15 mars 2004 », *RDP* n°4, p. 915.

constate que le fait d'incriminer un comportement s'accompagne généralement de la création de représentations négatives de celui-ci[77]. Aussi, la Cour européenne des droits de l'homme a à plusieurs reprises relevé que le foulard islamique était porteur de valeurs en général contraires aux valeurs que défend la Convention[78]. A titre d'exemple la Cour a pu juger que le foulard *« dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique, (…) est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes »* [79]. Toutefois, d'un point de vue anthropologique, les juges laïcs sont-ils qualifiés pour interpréter la symbolique d'un signe religieux ? Le Conseil d'Etat ne s'est jamais aventuré à poser une interprétation du voile intégral ou du foulard islamique. Sur ce point le Commissaire au gouvernement Schwartz a déclaré qu'il n'appartenait pas au juge ni à l'administration d'interpréter le signe qu'est le foulard, *« c'est-à-dire d'entrer dans l'interprétation des religions »*[80]. Le sens du foulard islamique est moins évident à saisir que la jurisprudence ne le suggère. Effectivement le signe peut revêtir diverses significations ne serait-ce qu'en Europe occidentale[81]. Le port du voile ne peut être totalement réduit à un symbole de domination masculine[82]. Malheureusement le voile est devenu à la fois un symbole lié à l'identité culturelle, mais également le symbole d'une déclaration de séparation justifiée par la différence culturelle. Aussi, sanctionner ce vêtement, peut apparaître comme un refus des pouvoirs publics de prendre en compte la diversité des modes de vie traditionnels.

Le vouloir vivre ensemble ou la culture française. Finalement l'interdiction est fondée sur une conception du « vivre ensemble » et non sur un impératif de sécurité. Cette conception de l'espace public peut-elle s'assimiler à

---

[77] J-B d'ONORIO, « Religions et Constitutions en Europe », *RDP* n°3, p. 715.

[78] La HALDE, Déclaration n°2008-193 du 15 sept 2008.

[79] CEDH (2e Section), *Dahlab c. Suisse*, requête n°42393/98, décision du 145 février 2001. Également dans l'arrêt *S.A.S c. France*, la Cour fait mention du rapport de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur « la pratique du port du voile intégral sur le territoire national » qui qualifie cette pratique comme étant « aux antipodes des valeurs de la République » et constituant une *« négation du principe de liberté parce que (le voile intégral) est la manifestation d'une oppression et que, par son existence même, il bafoue aussi bien le principe d'égalité entre les sexes que celui d'égale dignité des êtres humains »*. La Cour ajoute que le rapport retient *« que le voile intégral exprime le refus de toute fraternité par le rejet de l'autre et la contestation frontale de la conception française du vivre ensemble »*, CEDH, grande chambre 1er juillet 2014, *S.A.S c/ France*, n° 43835/11.

[80] Conclusions sous CE, 10 juillet 1995, *Ministre de l'éducation nationale c. Melle Saglamer, AJDA*, 1995, p. 644.

[81] F. DASSETTO, *La construction de l'Islam européen – Approche socio-anthropologique*, Paris, L'Harmattan, 1996.

[82] J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme,* Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 133 : pour certaines jeunes musulmanes il peut être un moyen de s'affirmer à la fois en tant que femme appartenant à la communauté musulmane mais également en tant qu'étudiante impliquée dans la vie de la collectivité par exemple.

la culture ? Si l'on considère que l'ordre public est inspiré d'un ordre culturel, alors il s'agirait en quelque sorte d'un processus d'acculturation initié par les pouvoirs publics[83]. Il semble qu'au regard de la législation française, l'intégration à la société française et à sa culture nécessite incontestablement l'abandon de ce vêtement qu'est le voile intégral[84]. Ainsi la gestion des particularismes culturels parait contestable. Il parait regrettable que la pratique du voile intégral bien que « moralement consternante », ne soit désormais plus régulée par les codes implicites de civilité[85].

2 – L'incrimination d'un mode de vie traditionnel

Polygamie et valeurs républicaines[86]. Les unions polygamiques sont autorisées dans de nombreux pays desquels proviennent un nombre important de flux migratoires[87]. En France cet état marital est prohibé. Selon la circulaire du 8 février 1994 : *« la prohibition de principe de l'état de polygale se fonde sur le respect nécessaire des valeurs républicaines, du droit des femmes et de l'intégration des enfant »*[88]. Toutefois, il n'a pas toujours été ainsi en, 1980, le Conseil d'État avait admis l'installation de familles polygames sur le territoire français[89].

L'infraction de polygamie. L'infraction de polygamie est une atteinte à l'état civil[90]. Si l'étranger est soumis à la loi du pays s'agissant de son statut personnel[91], cette loi étrangère peut être évincée lorsqu'elle est considérée comme non conforme aux exigences de l'ordre public. C'est le cas s'agissant de l'union

---

[83] E. ROYER, « Porter la burqa ou s'intégrer : il faut choisir », *AJDA* 2008. 1918.

[84] La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité considère, dans une délibération du 15 septembre 2008 (n° 2008-193), le port de la burqa est incompatible avec le suivi d'une formation linguistique obligatoire en vertu d'un « contrat » d'accueil et d'intégration (CAI).

[85] J-P FELDMAN, « Burqa : une loi dangereuse et inutile », *Recueil Dalloz* 2010 p. 387.

[86] La polygamie est le fait pour un homme ou une femme d'avoir plusieurs conjoints. La situation la plus couramment rencontrée est la polygynie, il s'agit d'un homme ayant plusieurs épouses.

[87] Liste des pays dont la loi interne autorise la polygamie : Afghanistan, Algérie, Angola, Arabie Saoudite, Bahreïn, Bangladesh, Bénin, Birmanie, Brunei, Burkina Faso, Cambodge, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Djibouti, Egypte, Émirats Arabes Unis, Gabon, Gambie, Guinée équatoriale, Indonésie, Irak, Iran, Jordanie, Kenya, Koweït, Lesotho, Laos, Liban, Libéria, Libye, Mali, Maroc, Mauritanie, Nigéria, Oman, Ouganda, Pakistan, Qatar, Sénégal, Somalie, Soudan, Sri Lanka, Swaziland, Syrie, Tanzanie, Tchad, Togo.

[88] Circulaire qui précise les conditions d'application de la loi du 24 aout 1993 dite loi Pasqua.

[89] CE, 11 juillet1980, n°16596, arrêt *Montcho,* publié au recueil Lebon.

[90] Article 433-20 du code pénal, modifié par ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 – article 2 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002. Ce délit s'accompagne de l'annulation du mariage.

[91] Article 3 du code civil.

polygamique. La loi pénale interdit la constitution d'une seconde union civile, alors qu'un premier mariage a eu lieu[92].

Infraction de polygamie et droit à une vie familiale normale. La loi du 2 juillet 1998 relative à la maitrise de l'immigration[93] formule pour la première un énoncé juridique protégeant directement et explicitement le droit de mener une vie familiale normale[94]. Toutefois, l'infraction de polygamie confirme la non reconnaissance par le droit de la famille polygamique. Tout comme la famille homoparentale, la famille polygamique est considérée comme juridiquement anormale quand bien même elle pourrait être considérée comme normale par une communauté résidant en France. Ainsi, dans le même sens, le Conseil constitutionnel a précisé que la reconnaissance d'un droit à la vie familiale normale aux étrangers devait se concevoir au regard de la société d'accueil[95]. La société française exclue fermement la famille polygamique. D'ailleurs l'on remarque l'inutilité de l'adjectif « normale ». En effet le terme est amplement versatile, l'existence de la vie familiale ne devrait-elle pas se mesurer *« que par rapport aux liens affectifs et effectifs entre les membres de la famille et non par rapport à la qualité juridique de ces liens »*[96] ? Tout comme le droit ne fait plus de distinction entre enfant légitime et naturel, la famille polygamie ne pourrait-elle pas être reconnue comme étant « normale » ? Enfin, il convient de relever que, le droit refusant de considérer la famille polygamique, lui impose une obligation de décohabitation, celle-ci entrant explicitement en contradiction avec le droit à la vie familiale normale, au regard de l'article 371-5 du code civil[97].

L'incrimination d'occupation sans titre du terrain d'autrui. L'article 53 de la loi du 18 mars 2003[98] a créé une nouvelle infraction consistant en *« le fait de s'installer en réunion, en vue d'y établir une habitation, même temporaire, sur un terrain appartenant soit à une commune, soit à tout autre propriétaire autre*

---

[92] *A contrario*, n'est pas réprimé le second mariage célébré à l'étranger, après un mariage en France. Ainsi le second mariage régulièrement célébré à l'étranger n'entraine pas l'application de l'infraction de polygamie.

[93] Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

[94] E. MILLARD, *Familles et droit public*, Thèse LGDJ, Paris, 1995, n°174.

[95] Conseil constitutionnel décision n° 93-325 DC du 13 aout 1993, Loi relative à la maitrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, considérant 77 : « *Considérant en septième lieu que les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie ; que dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraires à la Constitution* ».

[96] F. MONEGER, « Le respect de la vie familiale pour lutter contre l'exclusion », *RDSS* 1999, p. 446.

[97] Article 371-5 du code civil créé par la loi n°96-1238 du 30 décembre 1996. Cet article est une des manifestations de ce droit à une vie familiale normale en ce qu'il prévoit que « *l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs* ».

[98] Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, art. 53.

qu'une commune, sans être en mesure de justifier de son autorisation ou de celle du titulaire du droit d'usage du terrain »[99]. Le Conseil valide la disposition au regard de la Constitution, en s'en tenant à un contrôle restreint affirmant que *« le législateur n'a pas entaché d'erreur manifeste la conciliation qu'il lui appartenait d'opérer en l'espèce entre, d'une part, la protection de la propriété et la sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement protégées »*, au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile[100]. La principale loi relative au traitement juridique des gens du voyage[101] est la loi du 5 juillet 2000 modifiée à deux reprises pour y insérer l'incrimination de stationnement irrégulier sur le terrain d'autrui[102], ainsi qu'une procédure d'évacuation forcée qui échappe désormais au juge[103]. L'angle d'attaque de la loi est centré, non pas sur le mode de vie en lui-même, mais sur les conséquences de ce mode de vie pour l'ordre public et les tiers. Antérieurement à cette loi il n'existait qu'un volet législatif sécuritaire fortement discriminatoire relatif aux gens du voyage[104]. Aussi cette loi introduit une obligation d'accueil des populations nomades qui s'est rapidement accompagnée d'une « contrepartie » sécuritaire en octroyant des pouvoirs toujours plus étendus aux autorités publiques notamment en matière de

[99] Art. 322-4-1 du code pénal (L. no 2003-239 du 18 mars 2003, art. 53) « *Le fait de s'installer en réunion, en vue d'y établir une habitation, même temporaire, sur un terrain appartenant soit à une commune qui s'est conformée aux obligations lui incombant en vertu du schéma départemental prévu par l'article 2 de la loi no 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage ou qui n'est pas inscrite à ce schéma, soit à tout autre propriétaire autre qu'une commune, sans être en mesure de justifier de son autorisation ou de celle du titulaire du droit d'usage du terrain, est puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende. Lorsque l'installation s'est faite au moyen de véhicules automobiles, il peut être procédé à leur saisie, à l'exception des véhicules destinés à l'habitation, en vue de leur confiscation par la juridiction pénale* ».

[100] Cons. const. 13 mars 2003, nº 2003-467 DC : JO 19 mars : décision relative à l'art. 53 de la L. nº 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure qui insère les art. 322-4-1 et 322-15-1 C. pén.

[101] C. LAVIALLE, « La circulation et stationnement des gens du voyage », *JCP*, 1992 Doc 3566, pour qui les gens du voyage constituent un groupe social minoritaire dont le particularisme tient à ce qu'ils se déplacent sur le territoire d'Etats par rapport auxquels ils sont étrangers bien qu'ils puissent avoir la qualité de nationaux de ceux-ci.

[102] L. nº 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure qui insère les art. 322-4-1 et 322-15-1 C. pén.

[103] Dispositif résultant des articles 9 et 9-1 de la loi n°2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage modifiée par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

[104] On citera une loi de 1912 relative à la circulation des nomades abrogée par la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969, qui qualifiait les nomades de « voleurs de poules » et les appréhendait tels des délinquants de droit commun. A l'époque la liberté d'aller et venir des gens du voyage était soumise à la détention d'un carnet anthropométrique, voir en ce sens E. AUBIN, « L'évolution du droit français applicable aux Tsiganes. Les quatre logiques du législateur républicain », *Etudes tsiganes*, vol 15, 2001, p. 26.

stationnement irrégulier alors même que l'accueil des populations en cause est nettement insuffisant quantitativement et qualitativement[105].

La catégorie juridique des gens du voyage. La loi du 3 janvier 1969 relative au régime juridique applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe, crée un statut juridique applicable aux personnes n'ayant *« ni domicile ni résidence fixe depuis plus de six mois dans un État membre de l'Union européenne »*[106]. Cette loi créé une catégorie administrative relative aux « gens du voyage ». L'expression « gens du voyage » est une « *appellation donnée aujourd'hui aux personnes dont l'habitat traditionnel est constitué de résidences mobiles »*[107]. Cette définition est confirmée par la loi[108]. Les députés ont souhaité définir, à un moment donné, les gens du voyage de la façon suivante : *« des personnes identifiables faisant partie d'une communauté tsigane ou des personnes n'appartenant pas à ces communautés qui disposent d'un carnet de circulation mais qui n'ont ni domicile ni résidence fixe depuis au moins six mois*[109]*»*. Si cet amendement a pu être rejeté, il reflète l'esprit de la législation afférente aux nomades.

La création de représentations. Comme la plupart des faits culturels envisagés jusqu'à maintenant et plus encore, les populations nomades nourrissent une imagerie négative qui se reflète dans la législation qui leur est applicable[110]. Les nomades renvoient une image de l'errance qui est souvent mal perçue par les sédentaires[111]. En réalité, ces populations sont peu nombreuses[112] et font pourtant l'objet d'un processus de catégorisation[113]. Le pouvoir réglementaire participe à la construction de ces figures collectives[114]. Une circulaire du ministère de

[105] La possibilité d'interdire le stationnement des gens du voyage sur le reste du territoire revient aux communes ayant créé des aires d'accueil prévues par le schéma départemental.

[106] L. n° 69-3 du 3 janv. 1969, des titres de circulation étant exigés des *« personnes âgées de plus de 16 ans qui logent de façon permanente dans un véhicule, une remorque ou tout autre abri mobile ».*

[107] G. CORNU, Vocabulaire juridique, *PUF*, 8e éd., 2008, p. 442.

[108] L. n° 2000-614 du 5 juill. 2000 relative à l'accueil et l'habitat des gens du voyage qualifie les gens du voyage.

[109] Amendement n°42 insérant un article préliminaire (avant l'article 1er), V. *JO déb. AN* 23 mai 2000, p. 4538.

[110] J. MORANGE, *Les Libertés publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 1804, 4e éd. 1990, p. 87.

[111] E. AUBIN, « Commentaire de la loi n°2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage », *AJDA* 2000, p. 822.

[112] Leur nombre est estimé entre 15 000 et 20 000 selon les chiffres issus du Rapport sur la situation des Roms migrants en France, 2009-2010, Paris : Collectif nationale des droits de l'Homme Romeurope, septembre 2010 p. 153.

[113] M. DALIBERT, « Migrants Roms dans l'espace public : (in)visibilités contraintes », *Migrations et société* 2014/2 (N°152), p. 75-90.

[114] Circulaire n° 78-802 du 16 mai 1978 du ministre de l'Intérieur sur la situation des gens du voyage.

l'intérieur a pu qualifier les populations nomades de *« Roms »*[115]. Aussi, l'infraction d'occupation illicite du terrain d'autrui vise quasi directement les gens du voyage[116].

À situation différente, traitement défavorable. A deux reprises le Conseil constitutionnel a écarté, par un contrôle restreint, l'atteinte au principe d'égalité induite par le traitement juridique destiné aux gens du voyage[117]. Or l'atteinte à l'égalité est bien réelle et elle est consolidée par un régime juridique défavorable et à une procédure sévère d'évacuation forcée entièrement dédiés aux gens du voyage. L'injustice sociale qui frappe cette population est directement fondée sur la différence du mode de vie des gens du voyage[118]. En effet dès lors que l'habitat se constitue de résidences mobiles et que les sujets ont choisi un mode de vie itinérant, l'application des dispositions défavorables se trouve justifiée[119], et ce alors même qu'il est acquis que la résidence mobile d'un nomade est assimilable au domicile[120]. Malheureusement, toutes les garanties relatives au droit au respect du domicile ne trouvent à s'appliquer qu'au domicile en tant qu'il est fixe.

Une véritable atteinte aux conditions d'existence. Par une décision du 19 janvier 1995, le Conseil constitutionnel a dégagé un objectif de valeur constitutionnelle consistant en le fait pour toute personne de disposer d'un

---

[115] Ministère de l'intérieur, Circulaire du 5 aout 2010 concernant l'évacuation des campements illicites.

[116] Quand bien même l'infraction ne vise pas expressément une catégorie particulière de la population, il semblerait qu'elle soit destinée principalement aux gens du voyage. La doctrine a pu déceler à travers une étude minutieuse des termes du texte, qu'il s'adressait en fait exclusivement aux gens du voyage. Voir en ce sens E. GARÇON et R. OLLARD, Destructions, dégradations et détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes, fascicule unique, *JCI.* Pénal Code, 3 mars 2010, pour qui les articles 322-1 à 322-4-1 du code pénal, qui soulèvent en effet, que l'infraction ne semble sanctionner qu'une occupation lorsqu'elle a lieu sur un terrain, ceci excluant l'occupation d'un bien immobilier. En outre, ne sera sanctionner, uniquement l'occupation d'un terrain lorsque celle-ci a lieu en réunion. En outre, les auteurs affirment explicitement que « ce délit créé par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003, a été prévu pour une catégorie particulière de la population : les gens du voyage (v. R. ROUQUETTE, « Gens du voyage : accueil ou rejet ? » : Dr. adm 2007, étude n°19, spéc. pour les aspects répressifs n°30 et 31) ».

[117] Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC : JO 19 mars : décision relative à l'art. 53 de la L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure qui insère les art. 322-4-1 et 322-15-1 C. pén, ainsi que la décision QPC ci-dessous.

[118] E. AUBIN, « L'évacuation forcée des gens du voyage : une décision QPC tombant de Charybde en Scylla », *AJDA* 2010, p. 2324.

[119] Le Conseil constitutionnel affirme que parce que les situations sont différentes, l'égalité n'est pas rompue, la procédure trouve à s'appliquer. Il aurait tout aussi bien pu affirmer que des situations différentes n'impliquent pas nécessairement une différence de traitement (défavorable pour l'une des situations).

[120] TC, 27 juin 1996, Guignon, n° 1889, *AJDA* 1966. 517, note A. DE LAUBADÈRE.

logement décent. Ce droit à un logement décent est étroitement lié au droit à la vie familiale normale dans la mesure où cet objectif s'inspire directement de l'article 10 du préambule de 1946[121]. Par conséquent l'inapplication de cet objectif à la situation des gens du voyage, ne permet pas d'assurer le maintien de l'unité familiale aux gens du voyage[122]. Le droit à un logement décent se présente donc comme une condition indispensable à l'exercice du droit à une vie familiale normale[123].

Un mode de vie en mutation. On constate la sédentarisation croissante de certaines populations initialement nomades qui voient leur mode de vie muter. Ainsi certaines personnes séjournent dans un habitat constitué par une résidence mobile qui n'aura pas forcément vocation à se déplacer étant donné la sédentarisation de l'individu[124].

La France à contre-courant de l'esprit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme constitue une réelle promesse de reconnaissance du « droit à la différence » de la plupart des minorités parmi lesquelles la minorité tsigane. Ce faisant, la Cour prend la mesure de la réalité actuelle du mode de vie des populations tsiganes[125]. Les tsiganes demeurent des gens du voyage bien que leur mode de vie ne soit plus nomade.

---

[121] « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

[122] M. DOUDOUX, concl. Sous CE 6 déembre 1978, GISTI, préc, p. 493.

[123] CE 6 décembre 1978, *GISTI, Leb*, p 493, conc M. Doudoux ; Cons. Const 13 aout 1993, n°93-325 DC, Maitrise de l'immigration, considérant 70, préc.

[124] De ce fait, la distinction posée par le Conseil d'État ne prend pas en compte la complexité de la situation réelle, et peut donner lieu à des qualifications inexactes.

[125] CEDH, 18.1.2001 *Chapman c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom*, no/no. 27238/95. Ici la Cour considère « *que la vie en caravane fait partie intégrante de l'identité tsigane de la requérante car cela s'inscrit dans la longue tradition du voyage de cette minorité. Tel est le cas même lorsque, en raison de l'urbanisation et de politiques diverses ou de leur propre gré, de nombreux tsiganes ne vivent plus de façon totalement nomade mais s'installent de plus en plus fréquemment pour de longues périodes dans un même endroit afin de faciliter l'éducation de leurs enfants, par exemple. Des mesures portant sur le stationnement des caravanes de la requérante n'ont donc pas seulement des conséquences sur son droit au respect de son domicile, mais influent aussi sur sa faculté de conserver son identité tsigane et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition* ».
CEDH, 18.1.2001 *Beard c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom*, no/no. 24882/94.
CEDH, 18.1.2001 *Coster c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom*, no/no. 24876/94.
CEDH, 18.1.2001 *Jane Smith c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom*, no/no. 25154/94.
CEDH, 18.1.2001 *Lee c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom*, no/no. 25289/94.

Le refus de préserver un mode de vie traditionnel. L'application de l'infraction d'occupation sans titre du terrain d'autrui place généralement les nomades face à deux alternatives : partir, ou adopter un mode de vie sédentaire. Cette nouvelle infraction participe à la disparition de la tradition nomade dans la mesure où le stationnement des nomades est substantiel à la survie « matérielle et culturelle » de leur mode de vie[126]. Cette incrimination pénale s'insère dans une politique globale qui pourrait s'apparenter à une tendance à l'assimilation forcée de certaines populations. Ceci conduit à s'interroger sur le processus d'intégration notamment au sein de la société française. L'intégration à la société française suppose-t-elle une uniformisation des modes de vie[127] ?

II.- La répression culturelle

Le facteur culturel pose une difficulté particulière au droit pénal. Dans un premier temps, il met en échec les mécanismes traditionnels de la répression pénale et de la loi. Dans un deuxième temps il revêt une dimension collective que le droit pénal pourrait peut-être envisager à travers la notion de la responsabilité collective qui permettrait d'élargir la répression à une communauté plus ou moins responsable (A). Enfin, les pouvoirs publics, pourraient également choisir d'écarter la responsabilité pénale du délinquant culturel et d'excuser la pratique culturellement motivée, sous condition, comme cela est déjà le cas s'agissant de certaines pratiques (B).

A.- Le droit saisi par le fait

Deux idées se dégagent de la répression pénale du fait culturel : d'abord il est question d'une inter-influence entre le fait culturel et la répression pénale de celui-ci (1), ensuite, il convient de s'interroger sur la possibilité de sanctionner différemment le fait culturel, autrement dit de l'envisagé d'un point de vue collectif (2).

1 – Les influences mutuelles entre répression pénale et fait culturel

Le facteur culturel exerce une influence sur la pratique juridictionnelle (a) ainsi que sur la sanction pénale (b), mais la répression culturelle exerce elle aussi certains effets sur les délinquants culturels (c).

---

[126] B. LEGENDRE, « Stationner aujourd'hui », *Études tsiganes*, 1986, n°1-2, p. 4.

[127] F. LEMAIRE « Existe-t-il un peuple dans la République », *in L'unité de la République et la diversité culturelle*, (dir) O. DESAULNAY et M. MAISONNEUVE, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016.

a – Les effets du facteur culturel sur la pratique juridictionnelle

La contrainte morale : une cause de non-imputabilité écartée. La contrainte morale s'exerce sur la volonté de l'auteur de l'infraction. Lorsqu'elle est externe, la contrainte résulte d'une pression, pouvant être le fait de tiers, exercée sur l'auteur, empêchant le plein exercice de son libre arbitre[128]. Qu'en est-il de la pression exercée par le groupe social sur l'auteur d'une infraction culturelle ? Une partie de la doctrine a pu considérer que les conditions attachées à la contrainte morale étaient réunies dans le cas d'infractions culturelles[129]. Il semblerait que certaines juridictions aient tenté vainement d'exonérer les auteurs de mutilations sexuelles au titre de la contrainte morale. Certaines décisions font ressortir les hésitations quant à la véracité de l'élément intentionnel des exciseuses[130]. Également, dans une affaire d'excision pratiquée sur un enfant de cinq semaines ayant entrainé la mort[131], les magistrats ont estimé dans le réquisitoire définitif, qu'il apparaissait ainsi établi *« que les époux Baradji avaient agi sous l'emprise d'usages coutumiers particulièrement contraignants et s'imposant pour eux de façon indiscutable »*[132]. Ainsi, si pour certains auteurs les conditions nécessaires à l'application de la contrainte sont réunies, la jurisprudence se montre, pour sa part, davantage exigeante[133].

---

[128] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, Seizième édition, Paris, 2009, p. 600.

[129] G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et Cultures*, 20, 1990, p. 201.

[130] Dans une décision d'incompétence rendue en 1987 par le tribunal correctionnel de Paris, le ministère public avait considéré qu'en matière d'excision, l'élément intentionnel de la mutilation était introuvable puisqu'il s'agissait *« d'excisions rituelles pratiquées à la demande des parents de nationalité malienne, subissant l'empreinte de leur culture ancestrale »*, tout en admettant que *« l'application d'une coutume étrangère ne fait pas disparaître l'intention coupable »*. Ce fait justificatif est cependant écarté par le tribunal : *« vainement, le prévenu, qui ne discute pas le caractère volontaire des agissements, invoquerait-il la coutume ancestrale africaine, alors que, selon l'ordre public français, le mobile n'influe juridiquement ni sur l'existence de l'infraction et en particulier pas sur celui de l'intention, ni sur sa qualification »*.

[131] Procès Baradji, Pontoise, mai 1988 cité par D. VERNIER, « Le traitement pénal de l'excision en France : historique », *Droit et cultures*, 20, 1990, p. 195-196.

[132] D. VERNIER, « Le traitement pénal de l'excision en France : historique », *Droit et cultures*, 20, 1990, p. 195-196 (Chambre d'accusation dans l'affaire Baradji en 1988). Le renvoi devant les assises fut confirmé par la chambre d'accusation au motif que cette pratique si elle pouvait être ressentie comme une obligation coutumière dans le « cadre tribal d'origine », il n'en allait pas de même en France, pays dans lequel les trois accusés vivaient depuis plusieurs années.

[133] F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Seizième édition, Economica, Paris, 2009, p. 209. La jurisprudence exige que la pression soit suffisamment lourde pour supprimer la liberté d'esprit de l'intéressé. Ainsi la condition tenant à l'irrésistibilité est difficile à apprécier dans la mesure où la victime de la contrainte morale conserve tout de même une parcelle, même infime, de liberté.

L'état de nécessité : un fait justificatif écarté. L'état de nécessité permet à celui qui se trouve dans une situation dans laquelle il n'a d'autre ressource que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale, d'échapper à sa responsabilité pénale[134]. Pour se faire, l'agent ne doit pouvoir éviter un danger qu'en commettant une infraction. Le danger doit néanmoins présenter certaines caractéristiques : il doit être imminent et inévitable[135]. Pour être retenu, l'état de nécessité suppose la démonstration par les juges du fond que le risque hypothétique de dommage était de nature à entraîner des conséquences bien plus importantes que le péril auquel le prévenu a exposé les tiers[136]. Toutefois l'état de nécessité c'est avant tout le fait de choisir entre plusieurs valeurs et de décider de sauvegarder une valeur supérieure. S'agissant de l'infraction culturelle, le sujet est soumis à deux systèmes de normes, s'il fait un choix en faveur d'un système, il se trouvera inévitablement en porte à faux par rapport à l'autre système[137]. Dans le cas des infractions culturelles la valeur désignée comme supérieure par les sujets est généralement la valeur culturelle, l'exclusion sociale étant perçue comme un danger actuel et imminent.

Le procès fait à un acte davantage qu'à un individu. Le prétoire pénal a pu être à plusieurs reprises un lieu de débat concernant certaines questions de société. Or ce dernier doit rester *« un lieu où l'on juge des comportements individuels et non un lieu où l'on débat de pratiques collectives »*[138]. Lorsqu'il s'écarte de cette maxime, le procès tourne à vide. Il est une mécanique systématique dans la mesure où la politique criminelle ne peut en aucun cas s'accommoder d'un acquittement dans le cas de certaines pratiques culturelles. Acquitter l'auteur d'une infraction, pourrait être ressenti comme un quitus donné à cette pratique[139]. La politique criminelle refuse, ce que la technique pénale aurait pu accepter, au nom de l'ordre public et des droits fondamentaux.

Le procès pénal tend à mettre à distance la dimension culturelle du différend. Le procès pénal suit un temps différent du temps ordinaire. Le temps du procès se situe en dehors du temps linéaire quotidien[140]. Le discours juridique, lors du procès, est organisé de sorte qu'il épure la réalité de toutes ses

---

[134] Colmar, 6 déc. 1957 ; D. 1958. 357 note BOUZAT.
[135] Rennes, 25 février 1957 : D. 1957. 338, note BOUZAT ; S 1957. 260.
[136] Crim. 25 juin 1958 ; D. 1958. 693, note M.R.M.P ; JCP 1959, note LARGUIER ; *RSC* 1959. 111, obs Légal.
[137] G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et Cultures*, 20, 1990, p. 201 : pour qui le dilemme a quelque chose de l'état de nécessité : savoir quelle valeur sauvegarder.
[138] *Ibid.*
[139] *Ibid.*
[140] A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judicaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 43.

contradictions pour la ramener à un comportement obligé qui nécessitera ou non l'application d'un régime juridique[141].

Le caractère foncièrement sacré du rituel judiciaire. L'espace judicaire est un espace sacré. Comme tous les rites, il ne peut se passer de mise en scène. Celle-ci participe de sa puissance, en témoigne la profusion des symboles présents dans l'enceinte judiciaire : l'espace clos qu'est la salle d'audience, l'ordre de parole des différents acteurs, la disposition des acteurs judicaires dans l'espace, le serment ou encore la robe judiciaire[142]. Cette sacralisation du rite judicaire en fait davantage une expérience émotionnelle que rationnelle. Le procès pénal donne ainsi lieu à une régénération de l'ordre. Il *« réalise dans l'imperfection du monde et la corruption de la vie, une perfection temporaire et limitée* »[143]. Le fait culturel a en lui quelque chose de chaotique. Le procès pénal vise à réorganiser ce chaos *« en lui donnant une structure, des normes et des formes »*[144]. Il *« rassemble, dans un moment intense, toute l'histoire du groupe social en un monde immobile »*[145].

b – Les effets du facteur culturel sur les fonctions et les effets de la peine

La fonction dissuasive de la peine rendue ineffective par le facteur culturel. L'interdiction issue du code pénal est presque toujours violée. En effet, l'individu est toujours plus sensible à la pression du groupe auquel il appartient, qu'à la norme dictée par le code pénal qui est ressentie de manière moins émotionnelle[146]. De ce fait, il ressort de nombreux travaux, qu'aucun texte répressif ou qu'aucune solution judiciaire n'est en mesure d'aller à l'encontre de pratiques massives encrées au cœur de ce qui détermine une tradition[147]. C'est la crainte de l'exclusion sociale qui nourrit la pratique et participe au fait qu'elle soit perpétuée et ce, le plus souvent, par les individus eux-mêmes fragilisés par ces

---

[141] *Ibid.* Également voir juge des enfants, Créteil, 16 juillet 1984, Droit de l'enfance et de la famille, 1985-1986 p. 82, qui, saisi du cas d'une jeune malienne susceptible d'être excisée, avait considéré *« qu'il n'y avait pas lieu à assistance éducative dans la mesure où le seul critère susceptible de mettre la jeune enfant en danger était d'ordre culturel et ne venait ni de la personnalité des parents ni des conditions de vie »*.

[142] A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judicaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 80.

[143] J. HUIZINGUA, *Homo Ludens. Essai sur la fonction sociale du jeu,* Gallimard, 1951. Rééd. 1976, p. 30.

[144] M. ELIADE, *Le sacré et le profane,* Paris, Gallimard, 1965, rééd. 1975, p. 22.

[145] A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris : Odile Jacob, 2001, p. 61-62.

[146] M-C. FLOBETS, « Les délits culturels : de la répression des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain », *Droit et Cultures,* 35, 1998/1, p. 195 : *« L'autorité exercée sur le sujet par la culture d'origine dans le processus de croissance de sa personnalité est trop importante pour être en mesure de se laisser guider par une autre norme de conduite »*.

[147] *Ibid.*

rites. La pression du groupe sur l'individu se nourrit de la peur de l'exclusion sociale et de la perte de l'identité culturelle.

L'effet acculturant de l'infraction culturelle. Dans l'affaire *SAS c. France* la Cour reconnait que la mesure oblige les personnes concernées *« à renoncer totalement à un élément de leur identité, ainsi qu'à la manière de manifester leur religion »*[148]. Ceci est en fait le résultat d'un processus dont la loi pénale est à l'origine. C'est donc le refus d'assimilation au mode de vie de la société d'accueil qui conduit certaines communautés à l'exclusion sociale.

L'infraction culturelle ou la sanction de la normalité. Punir un acte d'intégration serait une incohérence au regard de la fonction du droit pénal qui est de punir un comportement déviant afin de protéger la société. Or l'infraction culturelle est constituée lorsqu'un acte criminel ou délictuel, a eu lieu dans le seul but de ne pas violer une norme du groupe d'appartenance. L'élément déviant du comportement anormal est ici constitué par la nécessité d'obéir à des normes de conduites « héritées de cultures ». Dans le cadre de l'infraction culturelle, l'action pénale punit un effort d'intégration[149].

c – Les effets de la répression culturelle sur les délinquants culturels

L'élaboration de catégories par la loi pénale[150]. La prise en compte de l'altérité par le législateur ressurgit à un moment donné sous une forme plus subtile dans la formulation de l'incrimination par exemple. En effet, le législateur pour établir une ligne de partage entre ceux qui jouissent de la totalité de leurs droits et les « Autres », doit désigner la différence. Cela implique nécessairement un relevé des infériorités[151]. Ainsi l'édiction d'un traitement discriminatoire débute par un processus de catégorisation des individus. La loi qualifie juridiquement une situation par identification. La catégorie représentera un ensemble auquel la loi attachera des conséquences juridiques particulières[152]. Notons à titre d'exemple que le législateur a introduit, dans l'infraction d'occupation du terrain d'autrui, une exigence tenant à la pluralité d'individus agissant en qualité d'auteur. Par conséquent, cette discrète condition de réunion

---

[148] CEDH, *SAS c. France*, 1 juillet 2014, (§139) ; n°43835/11.

[149] G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et cultures,* 20, 1990 p. 208 : *« L'auteur d'une excision s'inscrit, lui dans le cadre de la normalité, mais d'une autre normalité. Aucune déviation ne le caractérise, bien au contraire. ».*

[150] Les catégories juridiques ont pu être définies comme étant des « classes ou ensemble de faits, d'actes, d'objets auxquels la loi ou tout autre norme attache des conséquences juridiques » selon D. LOCHAK, « La race : une catégorie juridique ? », Mots, n°33, 27 et 28 mars 1992, spéc. p. 291.

[151] Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus,* LGDG, Paris, 2003, p. 71.

[152] M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *in* Mélanges J. DABIN, Tome I, Sirey, 1963, Paris p. 356.

tenant au mode d'installation sur le terrain d'autrui, destine l'incrimination en priorité aux gens du voyage, « qui ont pour spécificité d'établir leur habitation en groupe »[153]. En ce sens l'identification des situations par la loi revêt un caractère subjectif dans la mesure où catégoriser revient à ne retenir que certains aspects faisant partie d'une réalité bien plus complexe et protéiforme. Ce faisant *« le droit offre une représentation partiale de la réalité sociale en façonnant ses catégories qui en fin de compte imposent une certaine vision et division du monde »*[154]. S'agissant des auteurs d'infractions culturelles la loi retient un critère de catégorisation qui est celui du construit social.

L'incrimination pénale participe à la stigmatisation des différences. La tradition juridique française, d'inspiration postrévolutionnaire, s'oppose à la reconnaissance des particularismes quels qu'ils soient[155]. Les mythes fondateurs de la République prônent l'homogénéité du corps social et s'opposent par conséquent à la construction formelle d'un droit des groupes. Cependant s'il n'existe pas formellement de distinction entre différents groupes ethniques ou religieux, la loi pénale a pu créer dans les faits une distinction de traitement. Comme vu ci-dessus, les différentes lois pénales incriminant diverses infractions dites culturelles, sont d'application générale et pourtant elles n'ont réellement vocation à s'appliquer qu'à une partie spécifique de la population. De surcroit la loi pénale consacre un traitement défavorable aux destinataires de la norme. Ainsi, il est dès à présent possible d'affirmer que ces différentes législations ont un caractère discriminatoire dans la mesure où elles établissent une distinction de droit ou de fait entre des individus ou des groupes aboutissant à une inégalité[156]. La discrimination, parce qu'elle distingue de manière défavorable, participe à la stigmatisation des populations désignées implicitement par ces incriminations. En effet la stigmatisation est un processus dynamique de dévaluation qui discrédite significativement un individu aux yeux des autres[157]. La stigmatisation d'un

[153] E. GARÇON et R. OLLARD, fascicule unique : « Destruction, dégradation et détérioration ne présentant pas de danger pour les personnes », *JCI.* Pénal Code, 3 mars 2010, qui précisent qu'un vagabond isolé ne s'exposerait pas aux peines de l'article 322-4-1 du code pénal, quand bien même il s'installerait pendant une longue durée sur un terrain appartenant à autrui.

[154] M. MOUTOUH, *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, Thèse (dir) D. DU BOIS DE GAUDUSSON, Bordeaux IV, 1996, Dactylographiée, spéc. p. 366

[155] Voir en ce sens l'avis de la Haute Assemblée du Conseil d'Etat du 6 juillet 1995 relatif à la Convention-cadre pour la protection des minorités, projet élaboré par le Conseil de l'Europe, dans lequel le Conseil d'Etat souligne que la notion de minorité ayant une identité ethnique est contraire au concept de peuple français et au principe d'indivisibilité de la République, qui conduisent à rejeter toute autre catégorie que le peuple français composé de tous les citoyens français, ECDE, 1995, p. 397.

[156] Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, (dir) A-J. ARNAUD, LGDJ deuxième édition, Paris 1993, p. 185.

[157] E. GOFFMAN, *Stigma : Notes on the management of spoiled identity,* Prentice-Hall, 1963 p. 14. Selon cet auteur, parmi les différentes formes de stigmates, il existe une forme de stigmatisation liée aux groupes ethniques et à la nationalité, ou encore aux religions, perçus

individu intervient lorsqu'il présente une variante relative par rapport aux modèles offerts par son proche environnement[158]. Par conséquent, le voile, le nomadisme, la polygamie ou encore certains rites tribaux, prennent la forme d'un attribut discriminant et affectent souvent l'identité sociale et culturelle du groupe en cause.

L'effet marginalisant de la législation pénale à l'encontre des divers sujets manifestant un aspect de leur identité culturelle. Le délinquant culturel est soumis à deux systèmes de normes distincts, l'un des deux étant juridique. Il est impossible de superposer ces deux systèmes de normes, du fait de leurs nombreux points de contradiction. Lorsque le sujet décide de se mettre en conformité à un des deux systèmes de normes cela entraine nécessairement la négation d'un des deux systèmes[159]. Lorsque le sujet respecte l'interdit pénal, il prend le risque de se voir rejeté de sa communauté d'origine[160].

2 – La nécessité d'élargir la prise en considération du fait culturel à une responsabilité collective

Il est indispensable de prendre en compte l'aspect social lié à l'infraction culturelle. En mettant en cause la responsabilité individuelle de l'inculpé le droit pénal écarte la dimension fondamentalement sociale de l'acte en cause. *« Il est évident que la société doit réagir et condamner des actes qui menacent sérieusement ses fondements. Toutefois il y a quelque paradoxe à*

comme étant en dehors des normes sociales. Outre la marque d'une certaine dévalorisation, le stigmate est avant tout un certain type de relation entre l'attribut et le stéréotype.

[158] S. NETTLETON, *The sociologie of health and illness,* Polity Press, 2006, p. 95.

[159] Cette configuration a pu être soulignée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans son arrêt *SAS c. France,* la Cour affirme que la loi litigieuse place la femme voilée face à un dilemme. Celle-ci peut décider de se plier à l'interdiction et renoncer à se vêtir conformément à ce que lui dicte sa foi, ou décider de ne pas se plier à l'interdiction et s'expose donc à des sanctions pénales (s'agissant de l'arrêt de la CEDH, *SAS c. France*, 1 juillet 2014, requête n°43835/11). En outre, s'agissant de la loi du 11 octobre 2010, celle-ci entrainera à coup sûr une marginalisation des femmes intégralement voilées. L'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public conduira les femmes concernées à ne plus sortir de chez elles, ce qui renforcera leur enfermement, enfermement contre lequel les pouvoirs publics prétendent lutter. Ces femmes verront leur liberté d'aller et venir restreinte. Assujetties à leur domicile, il est fort possible qu'une inégalité entre elles et leur mari (non voilé donc pouvant circuler librement) se créer voire se renforce. Le résultat de cette initiative législative s'inscrit à contre-sens de la logique d'intégration : elle renforce l'isolement social mais elle accroit également l'inégalité homme-femme.

[160] Dans le cas de l'excision, qui est en fait une pratique au cœur de l'organisation sociale *soniké* par exemple, la femme non excisée est vouée au célibat car l'une des qualités essentielles qu'elle doit présenter pour prétendre au mariage lui fait défaut. La femme acquiert un statut social uniquement à travers son lien matrimonial, la femme célibataire est donc frappée d'ostracisme.

condamner des individus, sans tenir compte de la complexité de la communauté d'appartenance de l'inculpé »[161]. L'acte infractionnel est provoqué essentiellement sous la pression de la communauté. C'est un fait qui doit être mis en avant. Négliger la dimension collective de ces pratiques c'est jeter le discrédit sur un sujet afin de protéger l'ordre public.

Le fait religieux est collectif par nature. L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnait explicitement l'aspect foncièrement collectif de la pratique religieuse[162]. Il est inhérent au religieux qu'il fédère et crée une communauté. En outre la religion est dépendante d'une organisation, qu'il s'agisse de financer les lieux de cultes, d'interpréter les textes, de pratiquer et d'organiser les rites. La confession tend à fabriquer un microcosme au sein de la société. En ce sens, le système religieux *« produit du lien social non seulement en suscitant des réseaux et des groupements particuliers, mais aussi en définissant un univers mental à travers lequel des individus et des collectivités expriment et vivent une certaine conception de l'homme et du monde dans une société donnée »*[163].

La responsabilité collective, une notion permettant de s'adapter à la collectivisation des rapports sociaux[164]. La pratique contre laquelle, lutte la loi pénale, découle d'un ordre culturel. Le sujet inculpé par la loi, n'est pas l'unique responsable. La responsabilité individuelle du délinquant culturel ne permet pas de prendre en compte les rapports de domination et de dépendance qui sont d'une importance fondamentale dans la configuration du groupe social visé par l'incrimination et dans la réalisation de l'infraction. Il existe dans les rapports de structure familiale au sein des communautés africaines, des prérogatives qui permettent à n'importe quel parent ou aïeul de faire exciser l'enfant, alors même que les pères et mères y sont opposés, car ce sont en fait les véritables détenteurs de l'autorité de fait. A travers la responsabilité collective, il s'agit d'engager la responsabilité des détenteurs de fait de l'autorité au sein des sociétés patrilinéaires par exemple.

---

[161] M-C. FLOBETS, « Les délits culturels : de la répression des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain », *Droit et Cultures,* 35, 1998/1, p. 217.

[162] L'article 9 protège la liberté de manifester sa religion « individuellement ou collectivement ».

[163] J-P WILLAIME, « Les religions et l'unification européenne », *in* G. DAVIE et D. HERVIEU-LEGER (dirs), *Identités religieuses en Europe*, Paris, La Découverte, 1966, p. 124.

[164] La responsabilité collective correspond à l'imputation d'une infraction à divers individus qui peuvent être demeurés tout à fait étrangers à l'acte illicite, selon C. DUPEYRON, « L'infraction collective », *RSC,* 1973, p. 357.

B.– La possible justification du fait culturel

Contrairement à la partie précédente qui s'intéressait plus à combattre la différence culturelle, ici, il s'agira davantage de l'accueillir. L'infraction culturelle pourrait se transformer en permission culturelle. En effet il serait possible de chercher une justification à certains comportements à travers différents faits justificatifs. Toutefois, au-delà de cette problématique certains faits justificatifs utiles à cette entreprise méritent une attention particulière. C'est le cas de l'autorisation de la loi qui consacre la coutume (1). C'est également le cas de la volonté individuelle qui trouve une illustration à travers la notion récente d'autonomie personnelle dégagée par le Cour européenne des droits de l'homme ou encore à travers la notion encore naissante du consentement de la victime (2).

1 – La portée justificative de l'autorisation de la loi : la coutume

Il est possible de penser que pour certaines pratiques culturelles, la coutume puisse être un moyen afin de tenter de sauvegarder une partie de la diversité culturelle. En ce sens, il semble nécessaire de s'intéresser au mécanisme par lequel la coutume reçoit l'onction de la loi. A ce titre, l'étude des deux principales dérogations à la loi pénale permet de dégager les éléments pris en compte par la loi lorsqu'elle consacre une exception à l'infraction pénale (a et b).

a – L'exemple de la tauromachie

La coutume : la permission donnée au fait culturel. La coutume permet d'exonérer la responsabilité de l'auteur d'une infraction. Elle permet à certains faits dont la pratique a été perpétuée depuis un certain temps et de façon continue, d'exister. La coutume est un fait justificatif qui permet l'expression d'un fait propre à une culture. En ce sens l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à la liberté d'expression *« vaut non seulement pour les informations ou les idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique* »[165]. Par conséquent ne pourrait-on pas penser que le mode de vie nomade, le port du tchador ou encore la polygamie fassent l'objet d'une justification par la loi au nom de leur caractère coutumier ?

L'incrimination spéciale des sévices graves ou actes de cruauté commis envers les animaux[166]. L'article 521-1 du code pénal condamne les actes de cruauté envers les animaux, cependant il consacre une dérogation au bénéfice des courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être établie. En

[165] CEDH, *Morice c/ France*, 23 avril 2015, n°29369/10, (§ 124).
[166] C. pén., art. 521-1.

réalité la loi rend désormais légale la corrida cependant elle assortit cette dérogation de conditions. Sur ce point les termes de la loi sont ambigus et celle-ci renvoie aux juges du fond le soin de définir ce que recouvre l'expression « tradition locale ininterrompue ».

La condition temporelle. La pratique de la corrida a fait l'objet d'une interdiction légale par la loi Grammont du 2 juillet 1850 relative aux mauvais traitements exercés sur les animaux domestiques. Ce n'est qu'avec la loi du 24 avril 1951 que la pratique bénéficie d'une dérogation. Toutefois durant l'intervalle entre ces deux lois, la tauromachie a continué à exister. Deux remarques sont à formuler sur ce point. La première est que la seconde loi de 1951 a légitimé un état de fait illicite. La seconde est que la condition de continuité exigée par la loi n'est pas remplie si l'on s'attache à l'historique législatif en la matière (quand bien même il y aurait une continuité dans les faits).

La condition géographique. L'organisation de manifestations taurines reste soumise à l'existence d'une tradition locale[167]. Une course de taureaux, ne concernant qu'une commune et n'étant organisée que depuis les années 2000, voire au plus tôt en 1970, ne présente pas les caractéristiques permettant de lui accorder l'immunité légale prévue à l'article 521-1 du code pénal[168]. Ainsi l'interprétation du terme « local » par les juges a conduit et conduit toujours à de nombreuses discussions[169].

La coutume et l'*opinio juris*. La coutume se compose d'un élément matériel mais également d'un élément dit psychologique. A ce titre, la tradition renverrait non pas à la coutume mais bien à l'élément matériel de la coutume, si l'on se réfère à une certaine conception de la notion de coutume[170]. Toutefois une telle conception reviendrait à faire émerger une *opinio juris*[171]. Curieusement loin d'y rechercher un caractère obligatoire, la Cour de cassation a décidé de vérifier

---

[167] L. FABRE, « Gallodromes : pour le Conseil constitutionnel, comme pour le législateur, toutes les traditions locales ne se valent pas », *AJ Collectivités Territoriales,* 2016, p. 44.

[168] CA Aix-en-Provence, 25 juin 2015, n° 15/00227.

[169] La tendance est à la reconnaissance d'un « ensemble démographique » par les tribunaux, davantage qu'à une localité : « la tradition locale (…) doit être (…) entendue (…) au sens de coutume ou d'usage local, dépassant selon le cas et la situation de fait, les limites administratives de la commune, de l'arrondissement, voire même des frontières du département », CAA Bordeaux, 25 octobre 1968, *JCP,* 1969, II, n°15888.

[170] Voir sur ce point F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif,* 2ème éd, *LGDJ*, 1919, rééd 1995, tome I, p. 356-357 pour qui la reconnaissance d'une coutume suppose la réunion de deux éléments : l'un de nature matérielle, un long et constant usage ; l'autre de nature psychologique.

[171] L'*opinio juris,* correspond à la croyance dans le caractère obligatoire d'une pratique, non dans l'unique constat que cette pratique est véritablement ancrée dans les mœurs d'une population, selon G. TEBOUL, *Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative,* Bibliothèque de droit public, tome 153, *LGDJ*, 1989, p. 190.

plutôt l'ancrage de la coutume dans les mœurs de la population[172]. A certains égards, la doctrine a pu décréter que la Cour de cassation aurait une interprétation « sentimentale »[173] et laxiste de la tradition tauromachique ce qui aurait pour effet d'accentuer l'atteinte de la force juridique de la règle de droit[174].

La justification coutumière de certaines infractions culturelles. Ne serait-il pas possible de consacrer de nouvelles dérogations lorsqu'une pratique ne porte atteinte à aucun droit constitutionnel[175] ? S'agissant du mode de vie nomade celui-ci étant constitutif, semble-t-il des éléments de la coutume, pourrait être permis dans certaines localités où s'arrêtent les nomades depuis longue date[176]. En outre, la tradition nomade ne porte pas directement atteinte au droit de propriété (constitutionnellement protégé), mais plutôt à l'exercice de certaines prérogatives sur le bien immobilier durant un certain temps. Notons également que si la polygamie s'inscrit en contradiction avec les valeurs de la République ou les mœurs actuelles, la tauromachie n'est pas totalement en accord avec le principe de dignité de la personne humaine s'agissant du torero par exemple[177].

b – L'exemple des combats de coqs

Une curieuse différence de traitement. L'article 521-1 du code pénal, consacre une exception à l'infraction de sévices et actes de cruauté envers les animaux, pour les combats de coqs[178]. Toutefois la création d'un nouveau gallodrome est punie des peines réprimant les sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux, alors même que la Cour de cassation reconnait la possibilité

[172] Cass. Crim, 8 juin 1994, req. n°93.82549.
[173] P. DEUMIER, « La tradition tauromachique, source sentimentale du droit, *RTD. Civ*, 2007, p. 57.
[174] N. MOLFESSIS, « La tradition locale et la force de la règle de droit », *RTD. Civ*, 2002, p. 181.
[175] Comme cela est mentionné par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 septembre 2012, n°2012-271, QPC, *AJDA*. 1770).
[176] Comme par exemple le terrain des Molines à Angoulême, qui depuis les années soixante-dix permet d'accueillir des familles pour des temps de séjour long. J-P. LIEGEOIS, « Pour une approche politique du nomadisme », *Etudes tsiganes,* n°17, Hommage à Bernard Provot, p. 52.
[177] L'Etat n'aurait-il pas le devoir de protéger le torero contre lui-même, ce dernier mettant sa vie en péril et ce contre rémunération ? Cette situation renvoie directement à l'affaire du lancer de nains (CE, Commune de Morsang-sur-Orge, 27 octobre 1995, requête n°136727 : l'artiste nain évoquait son gagne-pain, comme le ferait le torero si l'Etat venait à lui interdire d'exercer son activité).
[178] Article 512 du code pénal : « *Le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.* (…) *Est punie des peines prévues au présent article toute création d'un nouveau gallodrome.* ».

pour les localités de construire de nouvelles arènes, en les intégrant dans un « ensemble démographique » pratiquant les courses de taureaux[179].

Une différence de traitement justifiée par une différence de nature selon le conseil constitutionnel. Le conseil constitutionnel a jugé que les courses de taureaux et les combats de coqs étaient des « pratiques distinctes par leur nature »[180]. Il ne donne cependant aucune précision sur cette différence de nature. Celle-ci réside-t-elle dans la différence des animaux, dans la différence de la pratique en elle-même ? La différence la plus flagrante est peut-être que dans l'une, deux animaux se combattent et que dans l'autre il s'agit d'un combat entre l'homme et l'animal. Dans ce cas on aurait pu juger pertinent de restreindre également l'étendue des zones démographiques pratiquant la corrida, dans la mesure le torero y met en péril sa vie[181].

Une distinction sémantique. Les courses de taureaux échappent à l'application de la loi pénale dès lors qu'une « une tradition locale ininterrompue peut être invoquée », alors que les combats de coqs y dérogent uniquement « dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie ». Il semblerait dès lors que la loi porte un coup d'épée à la pratique des combats de coqs quand bien même elle consacre une dérogation. En effet il est beaucoup plus favorable pour les *afficionados* d'« invoquer » une tradition, que de devoir l'« établir ». Le législateur entend jouer sur les mots, ce faisant il rompt l'égalité entre ces deux spectacles, soumettant les combats de coqs à un régime largement défavorable. En ce sens le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de rappeler la volonté législative de voir disparaitre la tradition des combats de coqs, faisant ainsi, de travaux préparatoires une justification à sa décision[182]. Toujours dans le registre lexical, la loi pénale a entendu circonscrire davantage les lieux dans lesquels pourrait être établie une tradition ininterrompue, en faisant usage du terme « localité ».

---

[179] S'agissant de la ville de Biarritz, pour laquelle la Cour de cassation la rattache à Bayonne, et l'intègre dans le même temps à une « ensemble démographique », Cass. Crim, 8 juin 1994, req. n°93.82549.

[180] B. DE LAMY, « Le cop, le taureau et le Conseil constitutionnel : fable sur la nature », *RSC* 2015, p. 718.

[181] Voir en ce sens P. DUPUY et J. PERRAIN, *Ombres et soleils sur l'arène : la tauromachie à travers les âges,* La manufacture, 1988, Lyon, p. 111, à propos des célèbres toreros morts encornés.

[182] Cons. Const. 31 juillet 2015, n°2015-477 QPC, « *Considérant que si le législateur a entendu, tant pour les courses de taureaux que pour les combats de coqs, fonder l'exclusion de responsabilité pénale sur l'existence d'une tradition ininterrompue, il s'agit toutefois de pratiques distinctes par leur nature ; qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 8 juillet 1964 susvisée que le législateur a entendu encadrer plus strictement l'exclusion de responsabilité pénale pour les combats de coqs afin d'accompagner et de favoriser l'extinction de ces pratiques* ».

Une volonté d'encourager la disparation de la tradition des combats de coqs. Outre ce qui ressort des travaux préparatoires de la loi du 8 juillet 1964, selon lesquels le législateur avait entendu encadrer plus strictement l'exclusion de responsabilité pénale pour les combats de coqs afin d'accompagner et de favoriser l'extinction de ces pratiques[183], il semblerait que le législateur ait conçu l'exonération de responsabilité comme une « exception momentanée », considérant que les combats de coqs étaient voués à la disparition[184]. La volonté politique et législative est de favoriser l'éviction de la pratique comme a pu l'exprimer par exemple le secrétaire d'Etat chargé des relations avec le parlement[185].

Ainsi, il existe un fait justificatif consacré à l'expression de l'identité culturelle, lorsque celle-ci revêt un caractère coutumier, cependant les critères permettant de déterminer les pratiques qui pourront prétendre à une telle justification législative sont encore confus et peuvent parfois paraitre versatiles. Toutefois, ce fait justificatif demeure une ressource non négligeable s'agissant de la gestion renouvelée des différences culturelles. En outre, d'autres notions pourraient permettre de justifier certaines expressions culturelles, à condition de continuer à affirmer leur légitimité dans la sphère pénale.

2 – La portée justificative de la volonté personnelle

La volonté particulière peut s'exprimer par le bais du consentement (a) ou à travers la notion d'autonomie personnelle (b).

---

[183] Décision du Conseil constitutionnel du 31 juillet 2015, n°2015-477-QPC : « [...] *il ressort des travaux préparatoires de la loi du 8 juillet 1964 susvisée que le législateur a entendu encadrer plus strictement l'exclusion de responsabilité pénale pour les combats de coqs afin d'accompagner et de favoriser l'extinction de ces pratiques* ; [...] *en interdisant la création de nouveaux gallodromes, le législateur a traité différemment des situations différentes ;* [...] *la différence de traitement qui résulte de l'incrimination de toute création d'un nouveau gallodrome est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;* [...] *par suite, le grief tiré d'une atteinte au principe d'égalité devant la loi doit être écarté* ».

[184] J.-B. SEUBE, « Les coqs au Conseil », *La Semaine juridique Edition Générale*, n°37, 7 septembre 2015, p. 952.

[185] JOAN, 18 juin 1964, 2ème séance, p. 2040 : « *Je ne pense pas qu'il soit dans l'esprit de quiconque de vouloir protéger, développer et encourager les combats de coqs. Il s'agit, là où ils sont une tradition, et sans doute où des intérêts matériels non négligeables se trouvent engagés, d'en tenir compte aussi longtemps qu'ils existeront. Mais, sous prétexte de ménager une assez longue période de transition au cours de laquelle cette pratique, qu'on peut juger cruelle, finirait par disparaitre peu à peu, il ne faudrait pas qu'il soit possible de créer de nouveaux gallodromes et de voir en quelque sorte les combats de coqs renaitre de leurs cendres* ».

a – Le consentement

La place du consentement dans un système pénal légaliste. Être d'accord, adhérer, approuver, acquiescer, le consentement est un « phénomène psychologique qui traduit une uniformité d'opinion »[186]. La problématique pénale relative au consentement est de savoir si ce dernier peut exclure la responsabilité de l'auteur de l'infraction, ou encore si ce consentement peut retirer à l'acte son caractère illicite. La justification pénale constitue une dérogation au texte répressif, celle-ci n'est valide que dans la mesure où elle prend sa source dans un fondement de valeur identique à celui qui fonde l'incrimination. Ainsi l'incrimination peut déterminer qu'elle donne au consentement la force d'un élément constitutif. Par conséquent, le consentement constitue parfois un élément nécessaire à la qualification de l'infraction. Il en va ainsi des incriminations réprimant les actes commis contre le gré de leur victime (tels que le viol, le vol ou encore la séquestration). Le code pénal connait donc le consentement *exclusif* de l'infraction pénale.

Le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif. Le principe a été posé par la Cour de cassation dès 1835[187]. Les lois pénales sont d'ordre public : *« la protection pénale étant avant tout orientée vers la défense de l'ordre social, elle est hors de portée d'une éventuelle permission d'ordre privé »*[188]. En effet, la mise en œuvre d'une incrimination ne peut pas dépendre d'un accord de volontés particulières car la loi pénale défend avant tout un intérêt qui transcende les intérêts particuliers. C'est donc parce que l'incrimination entend protéger l'intérêt général qu'elle est d'ordre public[189]. Cet argument idéologique est facilement décelable dans la jurisprudence de la Cour de cassation[190].

Le consentement de la victime s'insère dans un mouvement favorable à sa reconnaissance. De nombreux aspects du droit pénal semblent s'orienter doucement vers un mouvement de contractualisation du droit pénal (il en va ainsi du consentement du délinquant à la sanction pénale ou encore de la création du

---

[186] X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, thèse Paris 2002, p.15.

[187] Cass crim 12 aout 1813 et Cass Crim 2 juillet 1835, *S.*, 1835, I. La Cour confirme la répression de la mutilation pratiquée à la demande de conscrits afin d'échapper au service militaire : *« aucun texte légal n'autorise à regarder les blessures portées, du consentement du blessé comme échappant à l'action de la loi pénale ».*

[188] X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, thèse Paris 2002, p. 19.

[189] P. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *Rev. Science crim.* (4), oct-déc, 1991, p. 701.

[190] Cass crim. 16 novembre 1827, S. 1828, I, 135 : la Cour affirme en 1827 qu'il *« importe peu que la mort ait été donnée par l'ordre de la personne homicidée (…) car les lois qui protègent la vie des hommes sont d'ordre public, les crimes et délits contre les personnes ne blessent pas moins l'intérêt général de la société que la sûreté individuelle des citoyens, et aucune volonté particulière ne saurait absoudre et rendre licite un fait que les lois ont déclaré punissable* ».

délit de non-recueil du consentement par exemple[191])[192]. S'agissant de la portée du consentement à la libre disposition du corps humain, il est un constat qui est celui du recul du principe de l'intangibilité du corps humain face à une volonté individuelle contraire[193]. Le consentement de la victime profite en outre de la montée d'une conception très individualiste des droits de l'homme, rendant de plus en plus difficile la distinction entre l'individuel et le collectif[194]. De surcroit, la majeure partie des législations européennes ont accordé une place importante à la notion de consentement[195].

Le consentement recouvre une portée exonératoire lorsqu'il est couplé à la loi[196]**.** Le consentement ne se suffit pas à lui-même. Toutefois sa portée justificative ressurgit lorsqu'il est appuyé par la loi, en dehors des cas où il est un élément constitutif de l'infraction[197]. S'agissant notamment de deux domaines, tels que l'expérimentation médicale ainsi que le prélèvement d'organe en vue d'une greffe, le consentement est devenu une condition fondamentale de validité des actes envisagés dans ce cadre. La loi du 22 décembre 1976[198] et le décret du 31 mars 1978 sont devenus les textes de principe en matière de prélèvement d'organe, donnant un rôle considérable au consentement. De même, en matière d'expérimentation biomédicale, la loi du 20 décembre 1988 soumet les recherches au consentement de l'intéressé ou les personnes spécialement habilitées[199]. De surcroit, un exemple supplémentaire parmi de nombreux autres, est celui de l'euthanasie passive[200] qui bénéficie désormais de l'article 20 du code de déontologie médicale selon lequel : « le médecin doit s'efforcer d'apaiser les

---

[191] Article L. 209-19 du code de la santé publique.

[192] J-P. DOUCET, *Gaz. Pal*. 30 juillet-1er aout 1989, p. 23.

[193] B. LEMENNICIER, « Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi ? », *Droits*, n°13, p. 111.

[194] X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits*, 49, 2009, p. 83.

[195] L'article 50 du code pénal italien affirme : « *N'est pas pénalement punissable celui qui lèse ou compromet un droit avec le consentement de la personne qui peut valablement en disposer* ». Il en va de même du code pénal allemand, espagnol, autrichien, portugais, ou grec.

[196] La loi entendue au sens générale, qui recouvre en fait la loi, le règlement et la coutume (Code pénal article 122-4, al 1er). Notons que la tolérance coutumière permet certaines atteintes à l'intégrité physique consenties telles que le fait de se faire couper les cheveux. Il a pu être jugé que le fait de couper les cheveux d'une femme contre son gré constitue effectivement des violences pénales, voir en ce sens un arrêt du Tribunal correctionnel de Saint-Dié, 7 juin 1945, *Gaz Pal*, 1945, 1, p. 218.

[197] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, septième édition, 1997, Cujas, p. 449.

[198] Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes et son décret d'application n°78-501 du 31 mars 1978.

[199] Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

[200] L'euthanasie passive consiste en le fait de ne plus mettre en œuvre tous les moyens thérapeutiques pour assurer la survie du malade.

souffrances de son malade »[201]. Cette disposition confère une fois de plus, une place fondamentale au consentement[202]. Quant à la loi du 6 aout 2004[203], elle n'a pas eu pour finalité d'affirmer l'indisponibilité du corps humain, au contraire elle aurait même sur certains points consacré sa « réification »[204]. Ainsi, malgré l'essence légaliste du système pénal, il semblerait que « *le droit soit bien forcé de reconnaitre, comme une évidence, que chacun, dans une large mesure, est maitre de son corps »*[205].

La justification d'infractions culturelles par le consentement. Au regard de ces dérogations, la doctrine a pu dégager la notion de *consentement permissif* qui s'entend d'une *« manifestation de volonté émanant d'une personne, physique ou morale, autorisant son destinataire à commettre une infraction à son encontre en l'exonérant de sa responsabilité pénale »*[206]. Cette notion, dans la mesure où elle parviendrait à s'imposer, pourrait permettre la justification de pratiques culturelles qui font naitre une atteinte souhaitée par la victime. Il demeure toutefois, que ce consentement devra être encadré[207].

Le principe demeure celui selon lequel le consentement n'a pas force justificative, cependant les exceptions assorties à ce principe se multiplient voire s'élargissent. Cette tendance peut être mise en perspective avec l'étonnante percée du concept d'autonomie personnelle.

b – L'autonomie personnelle

Le concept d'autonomie personnelle. La Cour européenne des droits de l'homme a dégagé, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme un principe qui est celui dit de l'autonomie personnelle[208]. Ce dernier semble recouvrir un libre épanouissement personnel impliquant le libre

---

[201] Décret du 28 juin 1979, n°79-506 portant code de déontologie médicale.

[202] En effet la législation française en la matière semble s'orienter vers la dépénalisation qui s'illustre notamment par de nombreuses nouvelles dispositions telles que les article L 111-10, L 1110-5 et L 111-13 du code de santé publique.

[203] Loi n°2004-800 du 6 aout 2004 relative à la bioéthique.

[204] Selon les termes d'A. DORSNER-DOLIVET, « De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain », loi n°2004-800 du 6 aout 2004, *JCP G*, 2004, I, 172.

[205] G. CORNU, « Droit civil », *Introduction, les personnes, les biens*, 9ème édition, 1999, p. 481.

[206] X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, Thèse Paris 2002, p. 73.

[207] Il est notamment permis de penser que seul le consentement d'un majeur sera retenu (ou celui du représentant légal). En outre le consentement devra avoir été donné de façon libre et éclairée.

[208] Pour un exemple jurisprudentiel témoignant de la consécration du principe d'autonomie personnelle à partir de l'article 8 de la CEDH, voir un arrêt *X. c/ Islande* du 18 mai 1976, requête n° 6825/74, dans lequel la Cour affirme que « *le droit au respect de la vie privée assure à l'individu un domaine dans lequel il peut poursuivre le développement et l'accomplissement de la personnalité* ».

développement personnel[209]. L'autonomie personnelle confère au sujet de droit la capacité de faire des choix, d'adopter certains modes de vies ou certains comportements[210]. Selon la Cour, la libre disposition de son corps fait partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle[211]. Ce principe permet donc au sujet de « poser sa propre norme »[212] celle-ci étant essentiellement au service de l'épanouissement personnel de la personne[213]. L'autonomie personnelle, au fil de la jurisprudence, s'est révélée être davantage qu'un principe, c'est en fait une clef d'interprétation de la Convention selon la Cour[214]. Puis, en effet, au-delà du principe, la Cour y a vu un véritable « droit à l'autonomie personnelle »[215]. Ce concept, qualifié par la doctrine d'hyperindividualiste, s'est exporté vers de nombreux domaines[216]. Ce mouvement est profitable aux infractions culturelles. En effet le concept d'autonomie personnelle pourrait véritablement permettre une justification voire une dépénalisation de certaines pratiques culturelles.

Une opportunité pour les infractions culturelles. Le fondement récurrent à l'interdiction de pratiques telles que la polygamie, le port du voile intégral, le nomadisme, ou encore les mutilations sexuelles est avant tout la protection de l'ordre public, le respect des valeurs républicaines puis dans une moindre mesure le respect des « *bonnes mœurs* ». La notion d'autonomie personnelle, permet, dans une certaine mesure de réaffirmer le primat de la liberté individuelle sur le collectif. En ce sens il découle de la notion d'autonomie personnelle, la « faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend », et ce également lorsque cela

---

[209] CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, requête n°2346/02, (§66) ; CEDH, 17 février 2005, *K. A et A. D c/ Belgique*, requête n°42758/98, (§83).

[210] D. ROMAN, « A corps défendant », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1284.

[211] CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, requête n°2346/02 ; CEDH, 17 février 2005, *K. A et A. D c/ Belgique*, requête n°42758/98.

[212] M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Droits, 49, 2009, p. 3.

[213] D. ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connait pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français comparé », *Dalloz*, 2005, p. 1509.

[214] Le principe permet par exemple d'expliquer l'orientation de la jurisprudence européenne en matière d'enfant à naitre avec l'affaire Bosco c/ Italie du 5 septembre 2002, requête n°50490/99. En outre le juge européen a pu exprimer à plusieurs reprises que le principe d'autonomie personnelle reflétait un « *principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention* » (CEDH, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, 11 janvier 2006, requête n°52620/99).

[215] CEDH, *Tysiac c/ Pologne*, 20 mars 2007, requête n°5410/03 et CEDH, *Evans c/ Royaume-Uni*, 10 avril 2007, requête n°6339/50.

[216] Selon les termes de M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 49, 2009, p. 8. S'agissant des domaines vers lesquels le concept d'autonomie personnelle s'est exporté, il est possible de citer à titre d'exemple : la liberté syndicale (*Sorenen et Rasmussen c/ Danemark*), en matière d'avortement (*Bruggemann et Shcheuten c/ RFA*), s'agissant du changement de statut des transsexuels (*Goodwin c/ Royaume-Uni*), en matière de pratiques sexuelles (*K.A et A. D c/ Belgique*).

inclue *« la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne »*[217]. Ainsi le principe d'autonomie induit que la liberté implique une tolérance à l'égard de préférences singulières[218], ce qui milite largement en faveur de la justification des infractions culturelles. Notons que la Cour a déjà pu affirmer le droit de chacun d'exprimer ses convictions sur son identité ethnique[219]. Il s'agit là de la consécration d'une facette parmi d'autres, de l'expression de l'identité culturelle. En outre le principe d'autonomie personnelle, tel qu'il est parfois appliqué par la Cour, laisse à penser, qu'appliqué à des infractions culturelles, il pourrait aboutir à leur dépénalisation. Il en est un exemple dans un arrêt relatif au refus de donner effet au vœu d'une personne de faire disperser les cendres issues de sa dépouille mortelle dans son jardin. La Cour a étendu l'application de l'article 8 de la Convention au-delà de la mort du sujet de droit en estimant que *« certaines personnes peuvent ressentir le besoin d'exprimer leur personnalité par la manière dont elles décident de disposer de leur corps »*[220]. Il est tout à fait concevable qu'une telle solution soit étendue aux rites anthropophages traditionnels par exemple[221].

L'autonomie personnelle : une notion en faveur des atteintes à l'intégrité corporelle consenties. Sur ce point, un arrêt doit être mentionné, il s'agit évidemment de l'affaire *K. A et A.D contre Belgique* du 17 février 2005[222]. La découverte de la notion d'autonomie personnelle a suscité un changement de position de la Cour européenne des droits de l'homme, s'agissant des atteintes à l'intégrité corporelles consenties[223]. Celle-ci reconsidère totalement la question des pratiques sadomasochistes. La Cour évacue la question de la morale qu'elle avait pourtant jugé bon de rappeler dans l'arrêt *Laskey, Jaggard, et Brown c/ Royaume-Uni*, et au contraire, a recours à la notion de « libre arbitre ». Désormais les pratiques sadomasochistes échappent à la qualification de coups et blessures volontaires, au motif que *« le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du*

---

[217] CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, requête n°2346/02, (§61).

[218] C. PELLUCHON, « L'embarras du juriste et le point de départ de la philosophie », *Droits*, 52, 2010, p. 121.

[219] CEDH, *Tourkiki Enosi Xanthis et al c/ Turquie*, 27 mars 2008, requête n°46221/99, (§56).

[220] CEDH, 10 mars 1981, *X. c/ RFA*, requête n°8741/79.

[221] Le cannibalisme funéraire est un rite funéraire qui a longtemps été pratiqué dans les archipels du pacifique, et qui subsiste aujourd'hui dans certaines îles de la Polynésie française, G. BOETSH, « L'homme Chair comme métaphore du primitivisme : anthropophages et anthropophagie dans la pensée anthropologique française du XIXème siècle », HAL 8 mars 2006.

[222] CEDH, *K. A et A. D c/ Belgique*, 17 février 2005, requête n° 42758/98 et 45558/99.

[223] La position initiale de la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant des pratiques sadomasochistes, était, depuis l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni* (CEDH, 19 février 1997, requêtes n°21627/93, n°21826/93 et 21974/93), celle de la condamnation pénale pour les coups et blessures infligés lors de telles pratiques sexuelles entre adultes consentants.

droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »[224]. La Cour européenne, applique le concept d'autonomie personnelle à la sphère sexuelle, elle réitère « *que la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant de nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne* ». Enfin la Cour écarte le droit pénal de ce qui relèverait à la fois de l'intime et du libre arbitre[225].

Conclusion

La doctrine a souvent souligné le fait selon lequel, ce sont les lois qui décident, par le biais de l'incrimination, quels seront les actes qualifiés d'inhumains ou d'intolérables[226]. En ce sens la criminalité des faits incriminés relève moins de leur nature que de ce qu'aura décidé la loi de manière plus ou moins arbitraire[227]. Ainsi, il appert que, dans les législations contemporaines, *« on assiste à une « labélisation » intensive, à une véritable crise de « surcriminalisation »*[228]. En étiquetant comme criminels de plus en plus d'actes humains, en abusant de la sanction pénale, *« on multiplie artificiellement le nombre de délinquants »*[229]. Ce faisant on accole à de plus en plus d'individus le stigmate du déviant. Ainsi, le refus de la différence par le droit pénal, se matérialise à travers l'édiction d'infractions destinées implicitement à certaines catégories de la population, mais peut également résulter de la répression de comportements inhérents à un mode de vie traditionnel, par des incriminations plus générales.

L'effet concret de cette législation, n'est autre que la disparition de l'essence culturelle de certaines pratiques et parfois de la disparation de traditions millénaires. La finalité extinctive de la législation couplée à l'impératif d'intégration à la société française, participent à un processus d'acculturation[230].

---

[224] Ces termes qu'emploie la Cour européenne sont repris de l'arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni* (CEDH, 29 avril 2002, requête n°2346/02), dans lequel elle avait pour la première fois fait référence explicitement à la notion d'autonomie personnelle.

[225] La Cour décrète que *« le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus ».*

[226] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général,* Tome I, Cujas Paris, Septième édition, 1997, p. 68.

[227] *Ibid.*

[228] *Ibid.*

[229] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Tome I, Cujas Paris, Septième édition, 1997, p. 68.

[230] En ce sens, la politique criminelle s'aligne sur les principales orientations d'autres législations telles que le droit des étrangers.

DROIT DES SÛRETÉS

Étude de l'efficience économique de la fiducie-sûreté et de l'opportunité de son introduction en droit malgache

Dina Narindra RAHAGA

Lauréate du concours de mémoires interrégional de l'OI (2017)

Résumé :

La fiducie-sûreté est un mécanisme de garantie dotée d'un grand potentiel. Sa malléabilité, son adaptabilité suivant les situations envisagées et son efficience économique en font une sûreté fort prisée dans le monde des affaires, surtout dans le domaine financier, et en matière de financement des entreprises. Mais s'il s'agit d'une institution déjà bien rodée à l'étranger, le droit malgache des sûretés est encore relativement "ancien", au grand dam de nombreux opérateurs économiques. Le droit malgache des sûretés aurait bien besoin d'une touche de modernité à l'heure où l'accès au crédit se fait de plus en plus difficile pour les jeunes entrepreneurs malgaches.

Si le mécanisme fiduciaire existe bel et bien en droit malgache, sous les traits de la cession fiduciaire, héritée de la "cession Dailly "du droit français, la fiducie-sûreté proprement dite n'a pas encore été consacrée par le législateur. Cet article sera donc consacré à l'étude de toutes les caractéristiques de la fiducie-sûreté en tant que telle, ce qui nous permettra à la fois de juger de l'opportunité de son introduction en droit malgache et des avantages que cela engendrerait.

Abstract:

The fiducie-sûreté *or trust by way of security is a guarantee mechanism with great potential. Its malleability or adaptability depending on circumstances and its economic efficiency make it a highly sought security in the business community, especially in the financial and the corporate restructuring fields. Although it is a well-proven institution abroad, the Malagasy law on securities is relatively "old", to the great displeasure of the economic operators. The Malagasy law on securities would certainly need a touch of modernity as the access to credit has become even more difficult for young Malagasy entrepreneurs.*

Even if the fiduciary mechanism indeed exists in the Malagasy law, under the name cession fiduciaire *or fiduciary assignment as inherited from the French law's "Dailly assignment", the* fiducie-sûreté *per se has not been enshrined in law yet. This article will then be dedicated to the study of all the characteristics of the* fiducie-sûreté *itself, thus allowing us to judge whether it is advisable to adopt it in the Malagasy law, and to understand the advantages thus generated.*

Essentielles à la sécurisation d'intérêts économiques devenus de plus en plus importants, les sûretés ont vocation à pallier les vicissitudes spécifiques aux affaires. Étroitement liée à la complexité croissante des échanges commerciaux, à leur diversification et à leur extension géographique, l'évolution des sûretés s'est faite étape par étape. Si d'un côté, les anciennes sûretés dites traditionnelles[1] et dont les origines remontent à l'Antiquité ou au Moyen-âge se sont vues améliorées, la pratique des affaires a de son côté, vite fait de conduire à la création d'autres sûretés nouvelles[2].

La fiducie-sûreté a ceci de particulier qu'elle cumule ces deux phases d'évolution. En effet, ses origines remontent à l'époque de la Rome antique mais sa forme moderne est le fruit de plusieurs améliorations. Elle consiste en *« l'aliénation d'un bien au profit d'un créancier, qui a l'obligation de le rétrocéder au constituant en cas de paiement de la dette garantie »*[3].

Quant à son efficience économique qui nous intéresse plus particulièrement, elle dépend en grande partie de la recherche d'un équilibre entre les différents droits et intérêts mis en jeu (I). Fondamentalement archaïque et fruste dans son mécanisme, elle est pourtant à l'origine de nombreuses possibilités et de nouvelles perspectives, au point que certains auteurs voient déjà en elle, toutes les caractéristiques d'une « nouvelle reine des sûretés » (II).

Bien que la fiducie[4] n'existe pas en droit malgache sur le plan théorique, il est intéressant de constater que techniquement, il connaît un mécanisme d'aliénation fiduciaire à titre de garantie. Notre législateur a introduit la « cession fiduciaire »[5] qui peut en fait, être considérée comme une fiducie-sûreté innomée. Utilisée à des fins de garantie, la fiducie n'est donc pas une institution si étrangère que cela à notre Droit. Particulièrement prisée dans le secteur financier, tout comme certaines sûretés ont contribué à l'essor de certains secteurs économiques[6], la fiducie-sûreté n'est pas en reste et il est intéressant d'étudier toute sa potentialité, ainsi que l'opportunité de son introduction en droit malgache.

---

[1] C'est par exemple le cas de l'hypothèque, des privilèges et du gage.
[2] Nous pouvons citer entre autres les garanties autonomes et le crédit-bail.
[3] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 311.
[4] Etant entendu ici, la fiducie telle qu'elle est prévue aux articles 2011 et suivant du Code civil français, prévoyant l'existence d'un patrimoine d'affectation et dont le domaine d'application ne se limite pas aux seules fins de garantie.
[5] Articles 98 et suivants de la loi malgache n°2003-041 sur les sûretés.
[6] Le gage du vendeur de véhicule à crédit a contribué au développement de l'industrie automobile, de même que le warrant viticole a sauvé la viticulture de consommation courante, cf. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 4ème Ed., Litec, 1997, p. 5.

I.- La recherche d'un équilibre entre les différents droits et intérêts mis en jeu

En tant que sûreté moderne aux origines anciennes (A), la fiducie a connu une longue phase d'évolution. Il ne fut pas toujours aisé de trouver un juste équilibre entre équité et efficacité, mais l'étude de l'économie du contrat de fiducie-sûreté (B) révèle qu'une évolution positive s'est faite sur ce point.

A.– Une sûreté moderne aux origines anciennes

C'est à travers l'étude de son histoire que l'on peut appréhender les forces et les lacunes d'un mécanisme de garantie donné. Les évolutions historique et législative (1) permettent de mieux comprendre ce qui a amené le législateur français à une reconnaissance de la fiducie-sûreté en tant que véritable sûreté (2).

1 – Evolutions historique et législative

Du latin « *fiducia* » qui veut dire « confiance » ou « cession de bonne foi », elle est communément admise comme étant la source de toutes les sûretés réelles. Elle aurait puisé ses racines en Egypte ou en Grèce, mais n'a atteint une certaine perfection technique qu'ultérieurement, à Rome où elle fut régie par le *Corpus juris civilis* de Justinien, bien des siècles avant l'apparition du *trust* médiéval.

La *fiducia* supposait ainsi un transfert de propriété appelé *datio,* qui était accompagné d'une convention par laquelle celui qui a reçu le bien s'engage à le rendre à celui-même qui le lui a transmis, ou à une autre personne. Elle eut ainsi trois variantes : la *fiducia cum amico,* qui était un prêt à usage ou un dépôt, proche de l'actuelle fiducie-gestion ; la *fiducia cum creditore* et la fiducie-libéralité.

La fiducie-sûreté actuelle est une sûreté provenant de la sophistication de la « *fiducia cum creditore* », mais la technique juridique rudimentaire de l'époque, surtout en ce qui concerne les sûretés réelles, mettait le débiteur en situation de vulnérabilité face à un créancier tout puissant. En effet, la dépossession du débiteur de son bien pouvait s'avérer particulièrement antiéconomique si ledit bien n'a de valeur que par son utilisation. D'autre part, il n'y avait aucune réglementation protectrice du débiteur, ou de règles encadrant la réalisation de la fiducie. Il était malgré tout possible de conclure « une convention de précaire » afin de permettre au débiteur de garder l'usage des biens fiduciés, en espérant que le créancier accepte une telle convention.

Face à ce déséquilibre flagrant de l'économie du contrat de fiducie, les juristes romains ont préféré utiliser d'autres sûretés transférant uniquement la possession et non plus la propriété d'un bien. Par la suite, nombreuses furent les

sûretés qui disparurent après la chute de l'empire romain d'occident. La fiducie, la seule qui subsista parmi les sûretés réelles fut couramment mise en œuvre en France au Moyen-âge, afin de protéger le patrimoine des Croisés pendant leur absence. Elle prenait alors la forme de l'actuelle « fiducie-gestion », correspondant à l'ancienne « *fiducia cum amico* » du droit romain ; et de la « fiducie-transmission », autre forme de fiducie romaine, laquelle permettait à une personne de léguer son patrimoine à une autre chargée de la remettre à un tiers[7].

Bien des siècles plus tard, la fiducie romaine aurait vraisemblablement été reprise en Grande Bretagne. Pourtant, le *trust*, institution voisine de la fiducie, n'aurait pas hérité des bases du droit romain[8]. Dans le monde anglo-saxon, le *trust* connaissait un franc succès. Il était utilisé à des fins de garantie, de gestion, et même de libéralités. Contrairement à ce qui se passait dans les pays de tradition civiliste, le mécanisme de l'aliénation fiduciaire avait pu se perfectionner au fil des ans et avait trouvé diverses applications. Or, parallèlement en France au tout début du XIX^{ème} siècle, considérée comme un instrument de féodalité, la fiducie n'a pas été reprise dans le Code napoléonien de 1804, dont l'élimination des grands patrimoines, ainsi que de la fraude aux règles de succession figuraient parmi ses principaux objectifs.

Bien qu'officiellement disparue, la fiducie finira pourtant par revenir officieusement grâce aux banques où elle fut longtemps utilisée comme instrument de crédit[9]. Elle concernait principalement les créances de somme d'argent et les instruments financiers[10]. Certains mécanismes d'aliénation ou de cession fiduciaire[11] qui connaissaient un grand succès auprès des praticiens étaient ainsi strictement réglementés et jouaient dans des domaines restreints.

Mais à l'origine, c'est en partie à cause du détournement d'institution opéré en matière de vente à réméré que le législateur français a décidé d'introduire la fiducie dans le droit positif. En effet, le créancier, en versant le prix de la chose qu'il achète accordait en réalité un crédit au débiteur[12]. Souvent afin d'augmenter la pression exercée sur ce dernier, le créancier se faisait vendre un bien dont la

---

[7] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 330.
[8] P. DUPICHOT, *Rapport de synthèse, La fiducie dans tous ses états*, Paris-Est Créteil, Tome XV, Dalloz, 2011, p. 89.
[9] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Dalloz, 2012, p. 601.
[10] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 330.
[11] « *Le qualificatif fiduciaire signifie que les créances sont cédées à la banque, par le bénéficiaire du crédit, en pleine propriété mais sans stipulation d'un prix* » ; cf. A. REYGROBELLET, « Cession Dailly et procédures collectives : une efficacité bien tempérée », *Option Finance*, [en ligne], 7/09/2015, adresse URL : www.lexplicite.fr/cession-dailly-et-procedures-collectives-une-efficacite-bien-temperee/.
[12] J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5ème Ed., Dalloz, 2010, p. 238.

valeur réelle est supérieure à celle de l'emprunt. Vraisemblablement nuisible au crédit du débiteur, et pouvant même conduire à terme à un enrichissement sans cause du créancier, le mécanisme pouvait cacher un pacte commissoire[13], pourtant prohibé par le législateur à cette époque. D'abord utilisée en matière immobilière au XIX^{ème} siècle, la vente à réméré fut bientôt utilisée en matière financière, d'où la nécessaire intervention du législateur avec la loi « *Dailly* » du 2 janvier 1981 encadrant la cession et le nantissement de créances professionnelles. Appelée parfois aussi « *fiducie bancaire*[14] », la cession de créances professionnelles fut le premier mécanisme faisant appel à une technique de cession fiduciaire à titre de garantie, à faire son apparition et à être encadré légalement. Les cessions de créances intervenues à l'époque n'étaient cependant pas reconnues officiellement comme étant des contrats de fiducie-sûreté par le législateur et certains auteurs les qualifient alors de contrats de « *fiducie-sûreté innomés*[15] », d'autres parlent de « *fiducie-sûreté sur créance* »[16].

On peut sérieusement douter de l'efficacité de la vente à réméré en tant que mécanisme de garantie. L'aliénation fiduciaire, portant sur des instruments financiers était bien plus efficace. Il s'agissait notamment des opérations de « pension livrée », de « prêts de titres financiers » et de « garantie financière »[17]. Rapides et sécurisées, à la fois souples et simples, elles permettaient aux établissements bancaires de se procurer des avances à très court terme moyennant le transfert en garantie de ses propres créances[18] à un organisme mobilisateur[19].

Néanmoins, notons que la jurisprudence française se montre sévère en refusant de reconnaître comme étant des cessions fiduciaires, deux pratiques très courantes dans le milieu bancaire[20]. D'une part, il s'agit du gage-espèces, soit un gage avec dépossession mais portant sur des choses fongibles[21]. Même s'il y a individualisation des choses remises en gage de manière à les distinguer des autres biens personnels du créancier gagiste, permettant ainsi véritablement une

---

[13] R.GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*,14ème Ed. , Dalloz, 2003, p. 415 : « *une clause par laquelle un créancier gagiste ou hypothécaire obtient de son débiteur qu'il deviendra propriétaire de la chose gagée ou hypothéquée en cas de non-paiement*».

[14] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Dalloz, 2012, p. 605.

[15] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 330.

[16] M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 900.

[17] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 331.

[18] Le transfert se faisait par le biais d'un effet de commerce.

[19] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Dalloz, 2012, p. 601.

[20] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 333.

[21]Appelées aussi « choses de genre », ce sont des « *choses qui sont interchangeables les unes par rapport aux autres* », cf. R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14ème Ed., 2003, p. 104.

aliénation fiduciaire translative de propriété[22], le juge refuse de reconnaître la qualification de « cession fiduciaire » et préfère retenir celle de « gage »[23]. D'autre part, il s'agit de la cession de créance à titre de garantie mais pratiquée en dehors du cadre juridique de la loi « *Dailly* ». Faite sans utilisation du bordereau prévu légalement à cet effet et suivant des formalités déterminées librement par les parties, elle est systématiquement requalifiée par le juge comme étant un nantissement de créance »[24].

En droit français, de la fiducie bancaire à la fiducie-sûreté, il n'y avait qu'un pas à faire, et c'est dans ce contexte que la fiducie a été introduite par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. S'agissant du droit malgache, une évolution similaire à celle du droit français est-elle possible ? La sûreté baptisée tout simplement « cession fiduciaire » en droit malgache est l'équivalent de la cession *Dailly* du droit français, ce qui la classe parmi les fiducie-sûretés innomées. La fiducie bancaire ayant permis aux entrepreneurs de financer en toute facilité leurs activités, en raison de la simplicité de sa constitution et de son coût peu élevé, il a dès lors paru nécessaire au législateur malgache de l'introduire dans notre droit. Pourtant, au cours d'une enquête que nous avons réalisée auprès de deux établissements bancaires à Antananarivo, nous avons pu constater que la cession fiduciaire portant sur des créances professionnelles ne fait pas l'unanimité. Assez fréquemment utilisée par le premier établissement, elle constitue pourtant une pratique ponctuelle et non généralisée pour le second. Une première difficulté concernerait la nécessité d'une certaine technicité due au traitement informatique. Or, le recours à un usage exclusif des bordereaux entraînerait par contre un encombrement en termes de documents. La deuxième difficulté réside dans une sorte de méfiance à l'égard de la cession fiduciaire. Selon le responsable, cette dernière porte rarement sur des titres de créance sauf s'il si elles sont détenues sur l'État : ce qui *serait* assurément un gage de sécurité.

Ainsi, seul un développement futur du secteur bancaire devrait conduire à une utilisation accrue de la cession fiduciaire. Et l'inverse n'est pas faux puisque la fiducie bancaire a été bénéfique au secteur bancaire en France. Certains auteurs comme François Barrière y voient d'ailleurs une sûreté particulièrement apte à « *fluidifier le circuit du crédit, voire à faciliter certaines restructurations d'entreprises* »[25].

Quand la cession fiduciaire malgache aura fait ses preuves dans la pratique, l'introduction de la fiducie devrait être tout à fait envisageable. De plus, le droit français a toujours largement influencé l'évolution du droit malgache puisque le

[22] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 332.
[23] Com. 23 avril 2003, *M. X... contre Banque française*, pourvoi n° 02-11015 ; cf. M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 332.
[24] J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5ème Ed., Dalloz, 2010, p. 240.
[25] F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 869.

système juridique français sert de référence[26]. Le « *phénomène de transplantation du droit* » est une tendance durable dans le droit malgache des affaires[27]. Ainsi, lorsqu'il sera temps d'actualiser ou de moderniser le droit des sûretés, nous ne pouvons qu'espérer que le droit malgache continue à suivre cette tendance en ce qui concerne la fiducie.

Il transparaît ainsi de notre étude sur la cession fiduciaire du droit malgache que les principales difficultés concernant la fiducie-sûreté à Madagascar seront d'ordre technique et juridique. Dès lors, si l'aliénation fiduciaire en soi ne devrait pas poser de problèmes, il en est autrement du régime juridique du patrimoine fiduciaire. Le patrimoine d'affectation nécessite la maîtrise de techniques juridiques d'un certain niveau. Même moins élaborée que le *trust*, elle demeure complexe. Si l'on dit souvent des propriété-sûretés qu'elles sont frustes ou rudimentaires, c'est moins par rapport à la technique juridique nécessaire à leur mise en œuvre que par rapport à l'usage du droit de propriété à des fins de garantie. En outre, certains ajustements devront être faits au niveau du droit des procédures collectives.

2 – De la reconnaissance de la fiducie-sûreté en tant que véritable sûreté

« *Le législateur ne construit pas des modèles juridiques pour la satisfaction des juristes. La loi est fille du besoin* »[28].

Pendant longtemps, la fiducie fut vivement critiquée par les civilistes. Tout d'abord, le « patrimoine d'affectation » fut une notion empreinte de suspicion car le principe d'unicité du patrimoine est fondamental en droit civil. Ensuite, les incertitudes sur les caractéristiques et sur la portée de la propriété fiduciaire provoquaient une certaine frilosité car il y avait une certaine « *[…] difficulté à admettre qu'il puisse y avoir transmission d'un droit là où l'ayant-cause n'acquiert pas certaines des prérogatives essentielles que son auteur tenait de ce droit* »[29]. Par ailleurs, la fiducie est, comme toute propriété-sûreté, exclusive de toute concurrence, ce qui, disait-on, portait gravement atteinte aux droits des autres créanciers[30].

---

[26] RAMAROLANTO-RATIARAY, R. ANDRIANAIVO RAVELONA, « Tendances et évolution du droit des affaires à Madagascar », *RIDC.* 1992, volume 44 n° 2, p. 413.
[27] RAMAROLANTO-RATIARAY, R. ANDRIANAIVO RAVELONA, « Tendances et évolution du droit des affaires à Madagascar », *RIDC.* 1992, volume 44 n° 2, p. 420.
[28] R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, n° 17, 2ème Ed. partie, p. 1194.
[29] M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 903.
[30] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 335.

Ce fut vers la fin des années 1970 et dans les années 1980, que le *trust* anglo-saxon contribua à redonner une nouvelle image et un regain d'intérêt à la fiducie. Sa réapparition masquée selon le professeur Michel Grimaldi à travers le détournement d'institution effectué en matière de vente à réméré évoquée précédemment ; et les réclamations émanant des banquiers, notaires et avocats[31] lui valurent d'être consacrée par le législateur *via* l'adoption de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant un régime de droit commun, applicable à la fiducie-gestion et à la fiducie-sûreté[32].

La reconnaissance au Code civil était autant nécessaire que naturelle puisqu'elle « *apparaîtrait comme la consécration d'une institution pour partie éprouvée, et non comme la réception d'une institution inconnue*[33] ». En outre, elle fut conçue pour servir de pendant au *trust* anglo-saxon afin que des opérations économiques importantes n'échappent plus au droit français et au fisc. En effet, d'une part, on avait constaté un nombre toujours croissant de délocalisations vers des pays étrangers dont la législation connaît le *trust*[34]*, et l*a pression exercée par la doctrine sur le législateur était d'autant plus forte puisque le principal argument avancé fut une perte d'attractivité et de compétitivité du droit français[35]. D'autre part, même des entreprises et groupes de sociétés de nationalité française furent obligées de recourir à des *trusts* étrangers[36].

Par ailleurs, cette loi du 19 février 2007 devait mettre fin à « *l'isolement du droit français* »[37] car dans de nombreux pays du système romano-germanique, la fiducie-sûreté, comme la plupart des propriété-sûretés, est revenue sur le devant de la scène juridique à cause de l'évolution du droit de la faillite tendant de manière généralisée à défavoriser le créancier.

---

[31] M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 897.

[32] La fiducie-libéralité n'est pas admise en droit français car selon l'article 2013 du Code civil français : « *le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public* ».

[33] M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 900.

[34] Le professeur Michel Grimaldi avait déjà prévu de telles délocalisations depuis longtemps, cf. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 898.

[35] H. RANDRIAMAROTIA, « Réflexions sur les mécanismes d'affectations des créances à la garantie d'une dette en droit français », *in Regards sur le droit malgache, Mélanges en l'honneur du professeur A. RAHARINARIVONIRINA*, Jurid'ika, 2010, p. 393.

[36] À titre d'exemple, en 1987, le groupe PSA a constitué un trust pour réaliser un transfert d'actifs et de dettes vers une structure chargée de leur gestion, afin que l'entreprise puisse se concentrer sur son redressement commercial et industriel. De même, la Française des Jeux s'est associée à d'autres sociétés anglaises dans le domaine du jeu au sein d'un *trust* soumis au droit anglais, à l'occasion du lancement de l'Euromillions ; cf. M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 336.

[37] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 335.

Pourtant, pendant longtemps, les propriété-sûretés elles-mêmes n'ont pas été reconnues en tant que véritables sûretés. Que la propriété soit retenue ou transférée à titre de garantie, elle n'est désormais plus une fin en soi[38] et la véritable sûreté du créancier est le droit de propriété sur un bien corporel ou incorporel qui lui est remis. Il fut difficile d'accepter que le droit de propriété, en tant que droit réel principal puisse se voir être réduit à l'état d'un droit réel accessoire à une créance, et donc accessoire à un droit personnel[39]. Selon les détracteurs, il y a dénaturation du droit de propriété[40]. Mais en réalité, ce dernier demeure un droit réel principal, seule change l'utilité que l'on choisit d'en faire : elle est juste « *mise au service de l'exécution d'une créance*[41] ». De plus, une propriété-sûreté ne confère pas au créancier la totalité des attributs du droit de propriété[42].

On avança aussi l'argument du *numerus clausus*, selon lequel il n'y a pas de sûretés réelles sans texte[43]. Tiré de l'article 543 du Code civil français, il n'en demeure pas moins injustifié en ce sens où ce texte n'est ni exhaustif ni limitatif[44], et « *aucun texte ne fait de la propriété une sûreté réelle* »[45]. En outre, aucune disposition légale n'interdit la création de droits réels autres que ceux déjà prévus par les textes, comme confirmé depuis longtemps par l'arrêt « Caquelard » [46]. Et d'ailleurs, il ne s'agit pas de créer un droit réel nouveau mais plutôt une nouvelle sûreté réelle conventionnelle[47]. Pour d'autres auteurs, il ne s'agit même pas de chercher à créer une nouvelle sûreté[48] contrairement à ce qu'affirment les détracteurs. L'attribution judiciaire du gage par exemple, démontre que la propriété peut tout à fait jouer un rôle dans un mécanisme de garantie. Ceci nous amène à la question de l'interdiction du pacte commissoire qui serait contourné grâce à la réalisation contractuelle de la fiducie-sûreté. Il s'avère que cette critique n'était plus justifiée puisqu'une ordonnance du 23 mars 2006 avait supprimé cette interdiction légale en matière d'hypothèque et de gage[49], soit un an avant la réintroduction de la fiducie.

---

[38] P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse Paris II, 1998, cité par P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Cujas, 1994/1995, p. 281.
[39] J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5ème Ed., Dalloz, 2010, p. 234.
[40] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 319.
[41] *Ibid.*
[42] P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Cujas, 1994/1995, p. 281.
[43] *Ibid.*
[44] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 319.
[45] P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Cujas, 1994/1995, p. 281.
[46] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 319.
[47] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 320.
[48] P. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, Puf, 1988, p. 352.
[49] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 444.

Enfin, ce fut le caractère occulte des propriété-garanties qui fut remis en cause. À l'époque de l'Antiquité romaine, la publicité organisée en matière de propriété-garantie a toujours été rudimentaire voire même inexistante[50], nuisant ainsi aux autres créanciers du débiteur[51]. Ce défaut fut pallié plus tard par la publicité foncière qui fut instaurée pour les sûretés réelles.

En droit malgache, ces débats ne sont plus d'actualité. La consécration des propriété-garanties ayant été considérée comme opportune depuis la fin des années 1980 suite à la perte d'efficacité des sûretés classiques[52], il a semblé évident pour le législateur malgache de les reprendre dans notre droit, comme en témoigne le *leasing* ou crédit-bail qui gagne actuellement en popularité. De même, quant à l'interdiction du pacte commissoire, il semble que la loi malgache ne devrait pas avoir de mal à admettre une exception en matière de fiducie. En effet, si pacte commissoire il y a, il est forcément conclu en amont, au moment de la constitution de la sûreté. Et d'ailleurs, le droit malgache s'est déjà inspiré du droit français pour pouvoir admettre un certain assouplissement concernant la prohibition du pacte commissoire[53].

B.– L'économie du contrat de fiducie-sûreté

Mesurer l'économie du contrat de fiducie-sûreté consiste à comprendre son harmonie et la manière dont s'effectue l'équilibre des divers intérêts en présence. Ainsi, s'agissant du débiteur constituant et du créancier fiduciaire : quelles prérogatives et protections (1) leur sont accordées ? Et comment se trouve organisée la protection des tiers au contrat (2) ?

1 – Le débiteur constituant et le créancier fiduciaire : prérogatives et protections

La fiducie organise la protection du débiteur et de son crédit. Comme pour les sûretés réelles, il faut respecter le « principe de spécialité » qui impose une identification précise de la dette garantie et du bien grevé[54] pour empêcher que le créancier ne change le montant de la dette garantie ou qu'il n'affecte la sûreté à

---

[50] P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Cujas, 1994/1995, p. 282.
[51] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 320.
[52] *Ibid.*
[53] L'article 72 de la loi n°2003-041 énonce que le pacte commissoire est réputé non écrit lorsqu'il est concomitant à la constitution du gage, ce qui permet d'admettre implicitement qu'il puisse être valable lorsqu'il est conclu à un autre moment. Il est alors normalement valide quand il est constitué après la conclusion du gage puisqu' à cette période, la pression psychologique exercée sur le débiteur est moindre. Par ailleurs, notons que notre loi n'énonce rien à ce propos s'agissant de l'hypothèque mais le raisonnement tenu devrait être le même.
[54] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 19.

d'autres créances futures qui n'étaient pas prévues initialement dans l'acte constitutif. Mais pour ne pas entraver le besoin permanent de crédit du débiteur, le législateur français a aussi prévu une « recharge » de la fiducie-sûreté, à l'image de l'hypothèque rechargeable, et qui consiste en la possibilité pour la fiducie-sûreté de venir garantir des créances autres que celles initialement prévues dans l'acte constitutif. Cette nouvelle faculté bat ainsi en brèche les anciennes critiques selon lesquelles les propriété-sûretés gaspillent « *d'un seul coup le crédit du débiteur* »[55].

En outre, la fiducie-sûreté actuelle n'oblige plus le débiteur à se dessaisir du bien fiducié. Et si l'opération est translative du droit de propriété, il est provisoire et incomplet, ne conférant alors pas le droit de disposer[56] librement. Les parties sont aussi libres de passer une « *convention de mise à disposition* », permettant au débiteur de conserver l'usage et la jouissance de ses biens[57]. Même sous le coup d'une procédure collective, une telle convention l'aiderait à revenir à meilleure fortune[58], ou au moins à payer ses créanciers[59].

Toutefois, la protection la plus importante accordée au constituant concerne sans doute la détermination du/des fiduciaires mais surtout l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition, empêchant ainsi les dérives et abus fiduciaire. Par ailleurs, la seule création d'un patrimoine fiduciaire autonome et séparé du patrimoine du créancier fiduciaire constitue en elle-même une protection considérable empêchant que le créancier propriétaire ne dispose des biens fiduciés[60]. Or, comme la fiducie-sûreté est principalement utilisée par des établissements bancaires et qui sont donc des « *professionnels déjà aguerris aux obligations de vigilance en matière de blanchiments de capitaux* »[61], les risques encourus par le débiteur sont amoindris. La loi elle-même énonce limitativement les personnes pouvant avoir la qualité de fiduciaire et qui sont supposées disposer d'une marge de solvabilité suffisante et de l'honorabilité requise[62].

Enfin, même si le constituant ne mesure pas forcément la portée des risques qu'il encourt, le contrat de fiducie-sûreté revêt un caractère solennel pour le

---

[55] P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Cujas, 1994/1995, p. 282.

[56] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 360.

[57] Mais ces biens en question sont véritablement transférés dans le patrimoine fiduciaire même si le débiteur les a toujours entre ses mains.

[58] S'il s'agit d'une procédure de redressement judiciaire ou de sauvegarde.

[59] Si c'est une procédure de liquidation judiciaire.

[60] P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Cujas, 1994/1995, p. 282.

[61] F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 891.

[62] À titre d'exemple, aux termes de l'article 2015 du Code civil français, seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaire, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les entreprises d'assurance et les avocats.

protéger. Certaines mentions obligatoires sous peine de nullité, sont ainsi énoncées par l'article 2018 du Code civil.

Il faut noter que parallèlement, le débiteur constituant a cependant aussi des obligations qui s'apparentent à celles d'un vendeur. Ainsi, il s'agit de l'obligation de donner et de l'obligation de faire[63]. La première consiste à *« transférer la titularité des droits fiduciaires* »[64], et est effectuée dès la convention parfaite, sauf clause contraire[65]. La seconde, elle consiste à délivrer la chose qui va être remise en fiducie-sûreté, sauf convention de mise à disposition prévue entre les parties[66].

Quant au créancier fiduciaire, il peut aussi être lésé par les agissements ou les activités du débiteur. Ainsi, lorsque ce dernier conserve la possession du bien remis en fiducie, celui-ci peut s'en retrouver déprécié selon l'exploitation qui en est faite. Pire, il pourrait être transformé, voire détruit.[67] Pourtant, le fiduciaire ne dispose pas des mêmes protections légales que le fiduciant, qui est à juste titre, considéré comme la partie faible. Néanmoins, la liberté contractuelle lui permet d'imposer certaines de ses conditions ou exigences. Il lui revient faire montre de prudence et de surveiller l'exploitation ainsi que la gestion d'un bien laissé en possession du débiteur. Si ce dernier semble délibérément œuvrer pour faire périr le bien en question, le fiduciaire pourrait toujours faire prononcer la déchéance du terme[68] devant le tribunal.

Le contrat de fiducie-sûreté confère surtout des obligations et des devoirs au fiduciaire- créancier. Ses droits et prérogatives peuvent s'expliquer par rapport aux particularités liées à la propriété et au patrimoine fiduciaires. Mais quelle est la nature exacte du droit de propriété transféré au fiduciaire ? S'agit-il d'une propriété ordinaire, ou est-ce tout simplement une autre facette de celle-ci ? Est-ce un démembrement de la propriété ou un tout nouveau genre de droit de propriété ?

Il est admis que le créancier fiduciaire est propriétaire des biens donnés en garantie, mais ce droit de propriété qu'il a n'est ni entier, ni absolu puisque les prérogatives qu'il en tire sont limitées. Ainsi, d'une part, il n'a aucun droit de

---

[63] M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 972.
[64] *Ibid.*
[65] *Ibid.*
[66] *Ibid.*
[67] P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Cujas, 1994/1995, p. 282.
[68] Une solution équivalente est retenue pour les nantissements de fonds de commerce, à titre de sanction d'une mauvaise gestion ou de la mauvaise foi du débiteur, cf. J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5ème Ed., Dalloz, 2010, p. 172. *Idem* en matière d'hypothèque où une perte de l'immeuble due à un fait du débiteur encourt la déchéance du terme, cf. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Dalloz, 2012, p. 398.

jouissance sur les biens donnés en garantie[69]. C'est alors une propriété « *vidée du droit à l'utilité de la chose, réduite à un droit sur la valeur* »[70] et qui « *n'est pas destinée à procurer au propriétaire l'utilité économique découlant de la chose, mais à garantir une créance* »[71]. D'autre part, c'est un droit de propriété limité dans la durée puisqu'aux termes de l'article 2018 du Code civil français, « *la durée du transfert […] ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat* ».

Pourtant malgré les apparences, la plupart des auteurs s'accordent à dire que la propriété fiduciaire n'est pas distincte du droit de propriété « ordinaire » [72] tel qu'énoncé à l'article 544 du Code civil français. Il n'y a ni démembrement du droit de propriété[73], ni superposition de droits réels[74] comme en matière de *trust.* Mais alors, quelles sont réellement les conséquences sur les devoirs du créancier si la propriété fiduciaire est unitaire comme le soutien le professeur Crocq[75] ?

En réalité, tant que le droit de propriété transmis au fiduciaire ne lui offre que des prérogatives limitées, son rôle consiste uniquement à effectuer certaines missions pour protéger les autres prérogatives qui, elles, sont encore demeurées entre les mains du constituant, et qu'il n'est pas encore en droit de recueillir. Ainsi, il a donc le devoir de conserver le bien qui lui est transféré, en bon père de famille : puisque n'ayant pas encore de droit sur l'utilité de la chose, il est normalement censé, à terme, la restituer. S'il commet alors des fautes de gestion, sa responsabilité peut être engagée. L'article 2022 du Code civil lui impose à cet effet de rendre compte de sa mission de gestion selon les conditions prévues au contrat, soit au débiteur constituant, soit à un tiers désigné[76] par celui-ci. Il a néanmoins toute latitude pour l'exécution de sa mission de gestion et de conservation. Les parties doivent cependant fixer des limites conventionnelles aux pouvoirs du créancier lesquelles, ne seront opposables aux tiers que si ces derniers ont dûment été informés.

---

[69] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière,* 6ème Ed., Dalloz, 2012, p. 614.
[70] P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière,* 6ème Ed., Cujas, 1994/1995, p. 282.
[71] F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 874.
[72] P. CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire, in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états,* Dalloz, 2011, p. 9.
[73] *Ibid.*
[74] *Ibid.*
[75] Par opposition au professeur Michel Grimaldi, pour qui la propriété fiduciaire est duale, car provisoire ; limitée, et donc forcément distincte du droit de propriété ordinaire.
[76] C'est un tiers chargé de veiller sur les intérêts du constituant, mais puisque sa désignation est une faculté, le fiduciaire n'est obligé à une reddition des comptes que sur demande ; M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 352.

Nous pouvons ainsi en déduire que les droits et devoirs du fiduciaire sont proches de ceux d'un mandataire qui agit pour le compte d'un mandant, et dans l'intérêt de celui-ci et non dans son intérêt propre. Le fiduciaire n'exerce cependant aucune fonction de représentation et sa mission est de toute évidence plus complexe[77]. Par ailleurs, il a un véritable devoir de loyauté envers le fiduciant et éventuellement, envers le bénéficiaire de la fiducie-sûreté[78].

Il a aussi des responsabilités supplémentaires en raison même du mécanisme du patrimoine fiduciaire. À l'origine, l'ancienne fiducie du système romano-germanique ne comportait pas la création d'un patrimoine d'affectation[79], et le patrimoine personnel du fiduciaire recevait directement tous les biens donnés en garantie. À l'époque de la *fiducia cum creditore*, ceux-ci étaient même soit aliénés par le créancier lui-même, soit affectés à sa succession au moment de son décès, soit ils étaient tout simplement saisis par les autres créanciers du fiduciaire[80]. La seule action ouverte au fiduciant était réduite à une « *action personnelle en reddition de compte* »[81], or, elle demeurait inefficace car elle ne conférait ni droit de suite ni de préférence[82]. La création du patrimoine d'affectation est donc un emprunt au droit anglo-saxon[83] et permet de poser certaines limites aux prérogatives du fiduciaire- créancier tout en protégeant le bénéficiaire garanti contre toute saisie des autres créanciers. Ainsi, « *les biens, droits ou sûretés remis en fiducie forment un patrimoine autonome, qui n'est plus celui du constituant et qui ne se confond pas davantage avec celui du fiduciaire* »[84] . Il y a véritablement une séparation juridique des patrimoines en cause[85].

Les créanciers personnels du fiduciaire n'auront donc aucune emprise sur celui-ci et une procédure collective ouverte contre le fiduciaire n'affecte pas non plus le patrimoine fiduciaire. Exceptionnellement, ce dernier répond des créances nées des actes nécessaires à sa conservation ou à sa gestion[86]. Il est aussi le gage

---

[77] P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 29.
[78] F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 891.
[79] F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 876.
[80] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 337.
[81] M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 901.
[82] *Ibid*.
[83] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 336.
[84] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 353.
[85] *Ibid*.
[86] Article 2025 du Code civil français : « Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine ».

commun des créanciers du débiteur constituant qui sont titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie[87]. Enfin, en cas de fraude aux droits des créanciers, comme une fuite des actifs du constituant vers le patrimoine fiduciaire, ce dernier continuera de répondre des créances en question, la situation juridique créée étant inopposable aux victimes[88].

Et par conséquent, puisque le patrimoine fiduciaire forme en fait une entité isolée[89], distincte située à l'intérieur même du patrimoine personnel du fiduciaire[90], ce dernier doit prendre toutes les mesures nécessaires pour que la séparation entre les deux patrimoines soit effective. Pour ce faire, il doit procéder à l'ouverture d'un compte spécifique sur lequel seront réalisées toutes les opérations liées à la fiducie[91], et doit tenir une comptabilité propre au patrimoine d'affectation. Les mêmes précautions s'imposent s'il est à la tête de différents patrimoines fiduciaires[92].

De plus, il est assujetti aux impôts qui sont liés à son activité de fiduciaire, à savoir la taxe sur la valeur ajoutée, ou la taxe professionnelle. La fiducie n'est donc pas un outil d'optimisation fiscale puisque le patrimoine fiduciaire est soumis à un régime de neutralité fiscale[93], le constituant demeurant fiscalement titulaire des droits fiduciés, et reste soumis aux impôts y afférents jusqu'au transfert effectué en faveur d'un bénéficiaire[94].

Enfin, l'article 2026 du Code civil français dispose que « *le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* ». Il s'agirait ici de faute personnelle qui n'est pas forcément détachable des attributions du fiduciaire, peu importe que ce dernier ait fait savoir qu'il agissait pour le compte de la fiducie ou non[95]. Mais *a fortiori*, cela laisse

---

[87] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 353.
[88] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 354.
[89] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Dalloz, 2012, p. 614.
[90] P. CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 13 ; un avis que partage le professeur Michel Grimaldi, si l'on s'en tient aux formulations utilisées dans l'avant-projet de loi sur la fiducie, que ce dernier critique d'ailleurs car il y avait selon lui, comme une volonté de maintenir ne serait-ce qu'en apparence, l'unicité du patrimoine, le patrimoine fiduciaire apparaissant alors comme un sous-ensemble du patrimoine du fiduciaire, M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 969.
[91] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 351.
[92] M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 973.
[93] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 354.
[94] *Ibid*.
[95] P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 36.

supposer que le fiduciaire est responsable quand il commet les fautes en question, en outrepassant le cadre de sa mission.

Ainsi, il peut s'agir « *d'éventuels excès de pouvoir, des dommages résultant des biens et droits qu'il détient en sa qualité de fiduciaire, ainsi que de ses fautes de gestion* »[96].

À défaut de réglementation spéciale, le constituant ou le bénéficiaire – qui a accepté la fiducie[97] – va pouvoir agir sur la base du droit commun de la responsabilité contractuelle[98]. Si par contre, l'action en responsabilité est intentée par un tiers au contrat ou par un bénéficiaire qui n'a pas accepté la fiducie-sûreté, c'est le droit commun de la responsabilité délictuelle qui va s'appliquer[99].

Il est aussi possible d'admettre que le fiduciaire puisse engager sa responsabilité sur la base d'une obligation de moyens si l'on fait le parallèle avec la responsabilité du mandataire[100]. La sanction prévue en cas de manquements à ses devoirs est alors le remplacement du fiduciaire, tel qu'énoncé par l'article 2027 du Code civil. Aux termes de cet article cependant, d'autres faits sont sanctionnés, telle la mise en péril des intérêts qui sont confiés au fiduciaire, ou l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire à son encontre. Le fiduciaire pourrait même se voir être condamné au paiement de dommages-intérêts, et dans le pire des cas, la fiducie pourra même être résolue[101]. La liberté contractuelle jouant pleinement même en matière de responsabilité du fiduciaire, les parties peuvent prévoir en détail les faits générateurs de responsabilité, ainsi que les dommages susceptibles de l'engager[102].

2 – La protection des tiers au contrat

En matière de fiducie-sûreté, en cas de pluralité de créanciers, seul un nombre limité d'entre eux peut se faire payer sur le patrimoine fiduciaire, les autres devant entrer en concurrence pour espérer se faire payer sur le patrimoine personnel du constituant. Comme évoqué précédemment, le patrimoine fiduciaire peut exceptionnellement être saisi par les créanciers du constituant en vertu d'un

---

[96] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 352.
[97] Un bénéficiaire qui a accepté la fiducie est en effet considéré comme partie au contrat ; P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire *», in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 33.
[98] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 352.
[99] *Ibid*.
[100] P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire *», in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 29.
[101] M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 971
[102] P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire *», in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 32.

droit de suite conféré par des sûretés réelles antérieures à l'opération de fiducie-sûreté et à condition qu'elles soient publiées antérieurement à cette dernière. Étant donné qu'il n'y a aucune formalité de publicité spéciale à la fiducie-sûreté[103] en droit français, l'information des tiers se fait par l'intermédiaire du créancier fiduciaire qui a alors l'obligation de toujours indiquer aux tiers en quelle qualité il agit, contribuant alors à faire connaître aux tiers l'existence du patrimoine fiduciaire[104].

Ainsi, d'une part, les tiers sont protégés même pour les actes effectués par le fiduciaire qui dépasseraient ses pouvoirs, car ils ne sont pas censés connaître les limites conventionnelles à ces derniers, sauf à prouver qu'ils en avaient eu connaissance. D'autre part, une obligation de publicité concerne les biens dont la mutation est obligatoirement soumise à publicité. L'information des tiers se fait donc au moment de l'inscription ou de l'enregistrement desdits biens.

Au regard du droit des procédures collectives, les créanciers du constituant bénéficient d'une protection supplémentaire car dans le cas où la fiducie-sûreté aurait été constituée durant la période suspecte pour une dette antérieure, elle est nulle de plein droit[105].

Notons que les créanciers fiduciaires et les créanciers du fiduciaire sont également des tiers au contrat de fiducie-sûreté. S'agissant du « créancier fiduciaire », cette expression désigne ici tantôt le cocontractant du débiteur constituant, tantôt tout créancier tiers au contrat mais dont « […] *la créance est née de la conservation ou de la gestion d'un bien en fiducie* »[106]. Nous utiliserons à l'avenir cette expression dans son second sens pour éviter toute confusion.

Les créanciers du fiduciaire par contre, sont des créanciers personnels dont les créances sont nées d'opérations externes, étrangères à la fiducie. Ils ne font l'objet d'aucune protection légale spécifique. Toutefois, un fiduciaire peu scrupuleux pourrait leur offrir un « gage illusoire », grâce à l'apparente solvabilité qu'il tire du patrimoine fiduciaire qu'il gère avec tous les pouvoirs d'un propriétaire ordinaire et dont tous les biens sont à son nom[107]. Il leur sera alors toujours possible d'invoquer une fraude à leurs droits, et en vertu du principe *fraus omnia corrumpit*, la fiducie deviendra inopposable aux créanciers personnels du

[103] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 361.
[104] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 353.
[105] M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 971.
[106] P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 36.
[107] M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 971.

fiduciaire qui s'estiment lésés[108]. Ils devront cependant prouver que la fiducie a été constituée dans le seul et unique but de leur nuire. À leur égard, le fiduciaire est censé disposer des pouvoirs les plus étendus. Ce principe vaut en fait pour tous les tiers au contrat de fiducie et contribue à protéger les ayants cause du fiduciaire s'ils étaient de bonne foi lorsqu'ils ont passé certains actes –même d'aliénation- avec ce dernier, c'est-à-dire qu'ils ignoraient les limitations aux pouvoirs de leur auteur[109].

Une question se pose en cas de dissolution d'un établissement fiduciaire : qu'adviendra-t-il des droits des créanciers fiduciaires et des créanciers personnels du fiduciaire ? Malgré la disparition de la personne morale fiduciaire, pour cause d'ouverture d'une procédure collective par exemple, le patrimoine fiduciaire subsiste. Cependant, ses ayants-droit n'auront aucun droit sur l'actif du patrimoine fiduciaire, tout comme les créanciers fiduciaires n'en auront aucun sur le patrimoine du fiduciaire en liquidation, sauf exception[110].

Les créanciers fiduciaires par contre, sont mieux protégés. Puisque la valeur du patrimoine fiduciaire est appelée à fluctuer, en cas d'insuffisance de celui-ci, deux solutions sont proposées par l'article 2025 du Code civil alinéa 2[111]. Leurs créances étant nées à l'occasion de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire, en cas d'insuffisance de la valeur de celui-ci, il leur est accordé un droit subsidiaire[112] sur le patrimoine du constituant ou du fiduciaire.

En principe c'est le patrimoine personnel du constituant qui constitue le gage commun des créanciers. Cependant, il est loisible aux parties de convenir dans le contrat que tout ou partie du passif sera à la charge du fiduciaire[113]. En outre, elles peuvent prévoir que le passif fiduciaire sera supporté par le seul patrimoine fiduciaire[114]. Cependant, à l'égard des créanciers fiduciaires dont les droits sont nés des actes nécessaires inhérents à l'opération de fiducie elle-même, cette clause ne leur est opposable que si les parties ont recueilli leur acceptation

---

[108] F. BARRIERE, « Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *Bull. Joly Sté.* 2007, n° 5, p. 568.
[109] M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 972.
[110] F. BARRIERE, « Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *Bull. Joly Sté.* 2007, n° 5, p. 569.
[111] « *En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire* ».
[112] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 354.
[113] P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 36.
[114] *Ibid*.

expresse[115]. Si cette insuffisance relève de la faute du fiduciaire, ce sera son patrimoine personnel qui en répondra[116].

On peut constater qu'il y a là une surprenante dérogation au principe de l'imperméabilité des patrimoines[117], mais c'est une solution qui peut aisément s'expliquer si l'on considère que ces mesures sont prises à titre de sanction d'une mauvaise gestion. Ceci rappelle l'action en comblement du passif en droit des sociétés. La ressemblance entre les deux situations est d'autant plus évidente que la preuve de l'insuffisance du patrimoine fiduciaire qui est à la charge du créancier fiduciaire, se fera par tous moyens, et de la même façon qu'un créancier démontrerait l'état de cessation de paiements de son débiteur[118]. Néanmoins, ce droit subsidiaire connait une certaine limite dans la pratique. En effet, le fiduciaire sera presque toujours un banquier, et comme tel, il « *refusera d'être personnellement tenu des dettes liées à une activité particulière pour le compte d'autrui* »[119].

Enfin, il convient de parler du bénéficiaire du contrat de fiducie-sûreté qui est investi de certains droits découlant du mécanisme particulier du patrimoine d'affectation. Le contrat de fiducie permet de désigner librement le bénéficiaire, dont l'identité peut être indéterminée au moment de la conclusion du contrat ; à condition de prévoir les règles permettant cette désignation. L'hypothèse de travail est ainsi celle dans laquelle le fiduciaire et le bénéficiaire sont deux personnes distinctes : c'est la « fiducie-sûreté avec entiercement ». Malgré tout le bénéficiaire n'est pas « véritablement » un tiers au contrat. En effet, sans avoir été partie à la convention conclue initialement entre le fiduciaire et le constituant, celle-ci crée néanmoins certains effets à son encontre, ce qui permet de l'assimiler au final, à une partie au contrat.

En outre, il y a aussi entiercement si c'est le fiduciaire qui est un tiers, le bénéficiaire étant le créancier du débiteur constituant[120]. En effet, il peut arriver que ce dernier n'ait pas les qualités requises par la loi pour pouvoir être un fiduciaire[121]. Dans ce cas, il serait aussi difficile de concevoir qu'il soit un

---

[115] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière,* 6ème Ed., Dalloz, 2012, p. 354.
[116] Article 2026 du Code civil français.
[117] F. BARRIERE, « Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *Bull. Joly Sté.* 2007, n° 5, p. 558.
[118] *Ibid.*
[119] F. BARRIERE, « Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *Bull. Joly Sté.* 2007, n° 5, p. 559.
[120] M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 966.
[121] Le créancier en question n'est alors ni un établissement de crédit ni une entreprise d'assurance, ni toute autre personne physique habilitée par la loi pour pouvoir endosser la fonction de fiduciaire.

véritable tiers puisqu'il a un intérêt direct dans l'opération de fiducie, alors que le fiduciaire ne serait qu'un intermédiaire, un gestionnaire. Mais nous pouvons aussi par exemple imaginer l'hypothèse selon laquelle le fiduciaire lui-même a ses propres engagements envers son créancier, qu'il désigne alors comme bénéficiaire de la fiducie-sûreté. Ainsi, soit le débiteur paie le fiduciaire et celui-ci rembourse à son tour son propre créancier et le constituant reprend son bien. Soit le débiteur défaille et le fiduciaire étant donc consécutivement dans l'incapacité de rembourser sa propre dette, le bénéficiaire recueille le bien fiducié. Dans les deux cas, il obtient paiement, ce qui lui offre une position confortable.

En principe, le bénéficiaire demeure donc un tiers au contrat dans un premier temps. Mais à partir du moment où le fiduciaire recueille son acceptation expresse, il devient une partie à part entière au contrat. Cela implique que le fiduciaire engage sa responsabilité contractuelle tant envers le constituant qu'envers le bénéficiaire. D'autant plus que si ce dernier est en même temps le créancier du fiduciaire, il voudra engager des poursuites en cas de mauvaise gestion, pouvant mettre en péril la sûreté dont il est le bénéficiaire. En outre, lorsque le bénéficiaire a accepté la fiducie-sûreté, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord, ou du moins par décision de justice[122]. C'est sans rappeler la situation similaire du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui qui n'est pas considéré comme étant un véritable tiers au contrat[123] puisqu'il est lié au promettant par un lien de nature contractuelle[124].

Ainsi, le législateur a doté le bénéficiaire de certaines actions contre le fiduciaire. Dans sa relation vis-à-vis du constituant, l'article L 624-16 du Code de commerce français en son alinéa premier prévoit une possibilité de revendication des biens meubles restés en la possession du débiteur constituant en vertu d'un contrat de mise à disposition. Cette faculté intervient en principe dans le cadre de la procédure collective, et elle permet de désintéresser un créancier par le biais du paiement indirect[125]. Le droit de revendication appartient normalement au créancier fiduciaire mais dans l'hypothèse où le bénéficiaire serait une personne différente, rien ne devrait s'opposer à ce que celui qui est censé recueillir un droit de propriété plein et entier sur le bien fiducié, exerce cette même action. Cependant, il s'avère que le bien en question est logiquement nécessaire à l'exploitation du débiteur, et la convention de mise à disposition conclue est à ce titre considérée comme un contrat en cours[126]. Le fiduciaire ou le bénéficiaire aura

[122] Article 2028 alinéa 2 du Code civil français : « *Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice* ».
[123] J. FLOUR et *al*., *Droit civil Les obligations 3.Le rapport d'obligation*, 6ème Ed., Dalloz, 2009, p. 148.
[124] J. FLOUR et *al*., *Droit civil Les obligations 3. Le rapport d'obligation*, 6ème Ed., Dalloz, 2009, p. 145.
[125] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 678.
[126] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 683.

donc à attendre soit l'arrivée du terme du contrat en question, soit sa résiliation[127]. Mais techniquement, il reviendra toujours au fiduciaire de procéder à la vente du bien afin d'en dégager un prix qu'il versera ensuite au bénéficiaire, ou alors il lui remettra directement le bien pour qu'il puisse en acquérir la libre disposition[128].

En cas de cession d'un bien fiducié, la convention de mise à disposition n'est transmise à l'acquéreur qu'avec l'accord du bénéficiaire du contrat de fiducie[129]. Néanmoins, le législateur français n'a entendu lui reconnaître qu'un simple droit de créance à l'encontre du fiduciaire, et qui ne peut être effectif qu'avec la consécration du patrimoine d'affectation[130]. Ce faisant, il aurait logiquement écarté le droit réel de restitution du bénéficiaire, afin de ne pas démembrer le droit de propriété du fiduciaire[131].

Enfin, lorsque le bénéficiaire est une personne autre que le fiduciaire, le législateur lui donne le droit d'être pleinement informé de la gestion fiduciaire grâce à l'obligation légale de reddition des comptes précitée pesant sur le fiduciaire. Ce rapport, tel qu'il est prévu à l'article 2022 du Code civil français va être remis au bénéficiaire, sur sa demande, et suivant une périodicité fixée entre le constituant et le fiduciaire, dans le contrat de fiducie.

II.- Les caractéristiques d'une « nouvelle reine des sûretés ? »

L'efficience économique d'une sûreté se mesure durant sa phase de sa formation et sa phase de réalisation. Ainsi, il est nécessaire d'étudier les particularités liées à la constitution de la fiducie-sûreté (A), ses applications pratiques et sa réalisation (B).

---

[127] *Ibid.*

[128] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 346.

[129] Article L 642-7, alinéa 5 du Code de commerce français : « *La convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ne peut être cédée au cessionnaire, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie* ».

[130] P. CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 11.

[131] P. CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 12.

A.- La constitution de la fiducie-sûreté

Des formalités et prescriptions de base (1), à la publicité, au régime fiscal et comptable (2), la constitution de la fiducie est minutieusement encadrée par le législateur.

1 – Les formalités et prescriptions de base

Si la liberté contractuelle dont disposent les parties en matière de fiducie laissait présager un certain consensualisme, il n'en est rien puisque la constitution du contrat est affublée d'un formalisme indirect[132]. Ce dernier est toutefois moins contraignant qu'en matière d'hypothèque puisque l'acte authentique ne sera requis que dans certains cas particuliers.

Selon l'article 2012 du Code civil français, la fiducie doit être expresse, elle ne peut être tacite et ne se présume pas. Par conséquent, le juge ne peut qualifier ou requalifier un acte juridique donné de fiducie, quand la volonté des parties est équivoque[133]. En outre, l'article 2018 suivant laisse supposer que l'écrit est nécessaire, en raison des mentions obligatoires à faire figurer dans tout contrat de fiducie à peine de nullité, et des formalités d'enregistrement et de publicité[134]. Ces mentions obligatoires sont censées permettre le contrôle de l'opération de fiducie par les autorités publiques, et notamment par le fisc, afin de déceler toute manœuvre frauduleuse[135]. Ce sont donc des formalités *ad validitatem*. En outre, la désignation ultérieure du bénéficiaire doit se faire par écrit, selon l'article 2019 alinéa 3 du Code civil, ce qui suppose que le contrat de fiducie lui-même a déjà antérieurement été rédigé par écrit[136]. Mais même si la rédaction d'un écrit n'est pas expressément exigée, elle est très fortement suggérée[137] en raison de la complexité de la fiducie.

Néanmoins, ce caractère solennel du contrat de fiducie-sûreté ne constitue pas un désavantage par rapport aux autres sûretés réelles puisque depuis la réforme apportée en droit français des sûretés en 2006, tous les contrats en matière

---

[132] Formalisme indirect en effet, puisque même si la loi n'exige pas expressément la rédaction d'un écrit, elle prévoit des formalités *ad probationem* et *ad opposabilitatem* ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 968.

[133] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 348.

[134] R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, n° 17, 2ème Ed. partie, p. 348.

[135] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 349.

[136] R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, n° 17, 2ème Ed. partie, p. 1100.

[137] R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, n° 17, 2ème Ed. partie, p. 1102.

de sûretés réelles sont désormais solennels[138]. En droit malgache également, le contrat solennel est commun à la plupart des sûretés réelles offrant le plus de sécurité.

Ce formalisme est cependant nettement plus prononcé quand le constituant d'une fiducie est une personne physique, laquelle n'avait initialement pas le droit d'être constituante en raison du danger qui pèserait son patrimoine, et dont il n'avait pas toujours conscience.

Le Code civil français n'apporte pas beaucoup de précision sur les conditions et qualités requises afin de devenir un constituant. Il fait juste référence à « *toute personne physique ayant la capacité de s'engager juridiquement ; toute personne morale, quel que soit son régime d'imposition ; propriétaire de biens, de droits ou de sûretés ; agissant dans le cadre de son patrimoine privé ou de son patrimoine professionnel* »[139]. L'article 2012 du Code civil, alinéa 2 vise en outre la protection des biens relevant d'une communauté entre époux, ou d'une indivision, en imposant la forme notariée sous peine de nullité. En effet, une personne ne peut transférer sa quote-part d'un bien ou droit indivis dans un patrimoine fiduciaire sans obtenir au préalable le consentement des coïndivisaires sur ce bien ou droit indivis[140].

Pour les biens communs des époux dont le régime juridique est censé être celui de la cogestion, le consentement des deux époux est exigé sinon le transfert desdits biens dans le patrimoine fiduciaire sera frappé de nullité[141].

D'autres mesures légales sont également prévues pour renforcer la protection des constituants personnes physiques, comme le principe de spécialité de la créance garantie. La mention de la valeur du bien transféré est plus particulière, et il n'est pas facile de comprendre l'opportunité d'une telle mention[142]. On peut supposer que ces dispositions n'ont d'autres buts que d'attirer l'attention du constituant sur la gravité des actes qu'il accomplit[143].

Par ailleurs, bien que l'intervention d'un tiers protecteur chargé d'assister le fiduciaire dans la bonne exécution de ses missions[144] est facultative, elle est obligatoire pour le constituant personne physique. Son intervention est d'autant plus nécessaire en raison du risque de conflits entre les intérêts personnels du

---

[138] J.-D. PELLIER, « Regard sur la fiducie-sûreté », *P.A.* 2007, n° 58, p. 11.
[139] B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 6.
[140] *Ibid.*
[141] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 344.
[142] F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 892.
[143] J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5ème Ed., Dalloz, 2010, p. 242.
[144] P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 30.

fiduciaire et ceux du patrimoine fiduciaire[145]. De même, s'agissant de la faculté de recharge, une personne physique devra se soumettre à une limitation légale, le patrimoine fiduciaire ne pouvant alors *« […] être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge*[146] ».

S'agissant de l'enregistrement du contrat de fiducie et de ses avenants en droit français, il est obligatoire sous peine de nullité. Quant aux mesures de publicité, elles sont peu contraignantes puisqu'elles ne concernent que les immeubles ou les droits réels immobiliers qui font l'objet de fiducie[147].

Par ailleurs, la fiducie-sûreté est une sûreté très originale puisqu'elle permet de faire intervenir plusieurs constituants. L'ensemble de leurs droits et biens seront alors transférés dans un seul patrimoine fiduciaire. Cela peut s'avérer d'une grande utilité si l'on est en présence d'une opération de crédit de grande envergure, avec plusieurs prêteurs et plusieurs emprunteurs[148]. De plus, la fiducie moderne a une assiette des plus larges alors que la *fiducia cum creditore* ne concernait que le transfert de biens corporels. Aux termes de l'article 2011 du code civil, celle-ci comprend des biens, des droits, des sûretés, ou d'un « ensemble » de biens, de droits ou de sûretés. Ceux-ci peuvent être présents ou futurs.

Plusieurs types de droits peuvent être transmis : droits personnels, droits réels principaux ou accessoires, créances ou valeurs mobilières[149], droit de propriété ou ses démembrements, c'est-à-dire un droit de nue-propriété ou un droit d'usufruit ; droit de louage[150].

Si c'est une sûreté qui fait l'objet d'une fiducie, sont inclus les droits personnels comme le cautionnement ; les droits réels, et toutes les sûretés réelles existantes[151].

Le fait que ces biens concernés soient présents ou futurs illustre la prise en compte de la fluctuation du patrimoine fiduciaire, qui n'est pas « *figé au jour de l'enregistrement du contrat de fiducie* »[152]. Il faut cependant que les biens futurs soient déterminables et que le contrat de fiducie précise les modalités d'intégration desdits bien au patrimoine fiduciaire[153].

---

[145] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 347.
[146] Articles 2372-5 (pour les biens mobiliers) et 2488-5 (pour les biens immobiliers) du Code civil français.
[147] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 344.
[148] *Ibid*.
[149] *Ibid.*
[150] B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 9.
[151] *Ibid.*
[152] B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 10.
[153] *Ibid*.

La fiducie-sûreté est le seul mécanisme de garantie qui porte indifféremment sur des biens meubles et immeubles, présents et futurs[154], corporels et incorporels, avec ou sans dépossession du débiteur si une convention de mise à disposition a été faite à titre onéreux qu'à titre gratuit[155]. Elle exclut cependant le transfert de dettes, car elle n'est pas conçue pour être un instrument de *defeasance*[156] ou défaisance (contrairement à la fiducie-gestion). C'est un mécanisme issu du droit anglo-saxon par lequel « *un débiteur transférerait des dettes et un ou des biens ou des droits dont le fiduciaire, acquérant leur propriété, pourrait jouir, voire qu'il pourrait céder au moment opportun, pour payer alors la dette qui lui aurait été transférée* »[157].

Toutefois, avec toutes ces possibilités, le fiduciaire est parfois susceptible de se voir remettre un bien qu'il ne sera pas forcément en mesure de gérer. C'est le cas pour un transfert de fonds de commerce ou d'un immeuble à usage commercial[158]. De ce fait, le fiduciaire n'est pas dans l'obligation de gérer de tels biens, vu la lourdeur des opérations considérées ou en cas de défaut de compétences pour ce faire[159].

À l'instar du *trust*, la fiducie recouvre un vaste domaine d'application. La fiducie-sûreté sert principalement à garantir un prêt, mais concrètement, dans la pratique, elle est aussi utilisée comme un instrument de restructuration des entreprises[160]. Cela est d'autant plus possible avec la fiducie-gestion[161] dont le domaine d'application dépasse la simple gestion de patrimoine. Elle est également un excellent moyen de financement ou de refinancement des petites et moyennes entreprises en difficulté ou qui ne sont pas toujours assurées d'obtenir du crédit en recourant aux sûretés classiques.

Sur ce point, elle a évité la liquidation judiciaire à plusieurs entreprises françaises en leur offrant un accès plus facile au crédit, les établissements bancaires ayant une plus grande confiance en cette sûreté. Ainsi par exemple, en 2009 en France, une entreprise nommée Plysorol était placée en redressement

---

[154] S. PIEDELIEVRE, « Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ? », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 76.
[155] S. PIEDELIEVRE, « Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ? », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 77.
[156] *Ibid*.
[157] B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 9.
[158] S. PIEDELIEVRE, « Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ? », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 79.
[159] B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 9.
[160] F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 884.
[161] N. GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), p. 74.

judiciaire[162]. Elle avait consenti une fiducie-sûreté sur ses stocks. Ce faisant, elle a pu obtenir un prêt, ce qui lui évita la liquidation judiciaire. La même année, un hypermarché qui connaissait des difficultés de financement a transféré par l'intermédiaire de la fiducie les titres de la société civile immobilière titulaire des locaux, à un fiduciaire en vue de l'obtention d'un emprunt bancaire[163].

Dès lors, il est normal de s'interroger quant à l'opportunité de l'introduction de la fiducie en droit malgache. D'abord, la fiducie-sûreté serait bénéfique aux entreprises qui connaissent des difficultés. Ensuite, utilisée en tant que moyen de financement, elle revêt un grand intérêt économique pour Madagascar, en ces temps où l'on encourage l'entreprenariat. Or, les aspirants entrepreneurs malgaches, et notamment les jeunes, se plaignent des problèmes de financement, à cause d'un accès difficile au crédit[164]. En effet, les banques deviennent plus exigeantes quant aux garanties à offrir et pourtant malgré les multiples garanties remises, l'ouverture de crédit n'est pas toujours assurée. Par ailleurs, la fiducie-sûreté ne se limite pas forcément à la garantie d'une dette née d'un prêt, puisque les premières fiducies constituées en France en 2008 garantissaient des dettes fiscales ou des engagements au bénéfice des salariés de l'entreprise[165].

En outre, la fiducie-gestion est aussi intéressante pour Madagascar, puisqu'elle permet de surveiller rigoureusement les affectations de fonds alloués en matière de financement de projets[166], pour éviter tout détournement. Même si elle n'est pas au centre de nos réflexions, il nous parait important de souligner ses atouts, notamment en tant qu'instrument de défaisance, puisqu'en permettant à une entreprise en difficulté de se défaire de son passif, elle aide à améliorer son image auprès des établissements financiers et des investisseurs[167], ce qui va faciliter l'octroi de nouveaux crédits. Elle est également un excellent moyen pour « *gérer un patrimoine complexe, ou une branche d'activité en difficulté ou concurrentielle, en l'isolant auprès d'un fiduciaire* »[168].

---

[162] F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 884.
[163] *Ibid*.
[164] R. ANDRIAMAMPIANDRY, *Les jeunes se désintéressent de l'entrepreneuriat,* L'express de Madagascar, [en ligne], 28/07/2016, en ligne : www.lexpressmada.com/blog/actualites/les-jeunes-se-desinteressent-de-lentrepreneuriat/ ; L. RATSIAZO, *2% seulement des jeunes se lancent dans l'entreprenariat*, Tribune.com Madagascar, [en ligne], 13 novembre 2014, en ligne : www.madagascar-tribune.com/2-seulement-des-jeunes-se-lancent,20467.htlm.
[165] F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 884.
[166] F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 885.
[167] N. GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), p. 83.
[168] La Banque Privée 1818, *La fiducie sûreté : outil de gestion du patrimoine personnel et professionnel*, Vision Patrimoine, [en ligne] 14/04/2014, mise à jour le 18/04/2014, en ligne : http://www.gestionprivee.caisse-epargne.fr/patrimoine/fiducie-surete/.

2 – La publicité et le régime fiscal de la fiducie-sûreté

Après la constitution de la fiducie-sûreté, il revient au fiduciaire « *d'assumer toutes les obligations formelles et déclaratives obligatoires* »[169], (notamment l'enregistrement dans le registre national des fiducies en France) sous peine de nullité pour éviter tout risque d'évasion fiscale. Toutefois, si le constituant est libéré et que le bien fiducié retourne dans son patrimoine personnel, la taxe d'enregistrement ne sera pas payée une seconde fois[170].

En ce qui concerne la publicité, elle variera selon l'assiette de la garantie. Seule la fiducie constituée sur des droits réels immobiliers ou sur des immeubles fait véritablement l'objet d'une publicité, qui portera le contrat à la connaissance des tiers, même si elle est destinée à des fins de police. La taxe de publicité foncière est supportée par le fiduciaire. Par contre, lorsque l'assiette est un meuble corporel ou incorporel, il n'y a aucune mesure de publicité[171] pour des raisons de rapidité et de discrétion. D'ailleurs, comme le dit le professeur François Barrière, « *le secret des affaires s'accommode mal de publicité* »[172]. Ainsi, pour être opposable aux tiers, le transfert de meuble doit respecter les conditions de droit commun, à savoir la mise en possession pour les meubles corporels et pour les biens incorporels, la remise des titres les représentant[173].

Quid alors du cas particulier de la fiducie-sûreté sans dépossession portant sur des biens meubles ? En effet, puisque seule la dépossession des biens fiduciés remis entre les mains du fiduciaire aurait éventuellement pu constituer un élément d'information pour les tiers, en l'absence de dépossession, il y a un risque que des ayants cause à titre particulier du constituant viennent saisir un bien fiducié en faisant jouer la règle de l'article 2276 du Code civil[174]. Pour dénouer ce conflit, on peut alors accomplir les mesures de publicité requises en matière de gage pour chaque meuble remis en fiducie[175]. Pour d'autres auteurs, le conflit se réglera comme en matière de clause de réserve de propriété, c'est-à-dire que le fiduciaire aura un droit sur le prix de la revente[176]. Selon lui, cet inconvénient n'a pas eu

---

[169] P. NEAU-LEDUC, « Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états,* Dalloz, 2011, p.47.

[170] P. NEAU-LEDUC, « Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états,* Dalloz, 2011, p.48.

[171] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 362; même si leur enregistrement est obligatoire, sous peine de nullité, elle ne constitue pas, rappelons-le, une mesure d'information à l'égard des tiers.

[172] F. BARRIERE, « Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *Bull. Joly Sté.* 2007, n° 5, p. 568.

[173] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière,* 6ème Ed., Dalloz, 2012, p. 616.

[174]Article 2276 du Code civil français : « *En fait de meubles, la possession vaut titre* ».

[175] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 362.

[176] F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 886.

d'incidence sur le succès de la réserve de propriété et il ne devrait donc pas être un frein à l'utilisation de la fiducie-sûreté mobilière.

En outre, la situation peut encore devenir plus complexe puisque selon les professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecque, il est également possible que des meubles incorporels, à l'exclusion des créances, soient transférés au fiduciaire tout en restant en possession du constituant, en vertu d'une convention de mise à disposition[177]. Toutefois rappelons qu'exceptionnellement, les biens soumis à une publicité obligatoire, comme la mutation d'un fonds de commerce, entrainent une publicité obligatoire pour la fiducie-sûreté[178].

Quant au transfert de propriété d'immeubles ou de droits réels immobiliers, la publicité foncière obligatoire se fait au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble[179]. En droit français, cette formalité de publicité peut être fusionnée avec celle de l'enregistrement, ce qui permet de rendre ce dernier également opposable aux tiers[180], et d'atténuer la lourdeur du formalisme.

Pour ce qui est du régime fiscal, le principe de la neutralité[181] a été instauré, d'une part, pour ne pas entraver le développement de la fiducie[182] et d'autre part, pour ne pas générer d'avantages fiscaux. Le transfert de biens émanant du patrimoine du constituant à destination du patrimoine fiduciaire n'est pas générateur d'imposition[183], le constituant étant réputé « *fiscalement titulaire des droits mis en fiducie, le rendant ainsi redevable de l'impôt à ce titre et ce, sur l'ensemble du spectre des impôts directs et indirects* »[184]. Cela signifie qu'il n'y a pas de droit de mutation[185].

La liberté contractuelle permet en outre, une modulation de la répartition des risques, selon les préférences des parties en cause.

---

[177] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Dalloz, 2012, p. 617.
[178] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 350.
[179] B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 14; ou au bureau de la conservation des hypothèques de la situation du droit réel immobilier.
[180] M. EYOUM WONJE, *La fiducie en immobilier*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 en droit des financements et des investissements immobiliers, Université de Cergy Pontoise France.
[181] C'est un principe qui, rappelons-le, met les charges fiscales à la charge du constituant.
[182] Equitis, *Le régime fiscal et comptable de la fiducie,* Equitis Gestion de fonds et fiducies, [en ligne], adresse URL : Equitis.fr/fiducies/le-regime-fiscal-et-comptable-de-la-fiducie/.
[183] Equitis, *Le régime fiscal et comptable de la fiducie,* Equitis Gestion de fonds et fiducies, [en ligne], adresse URL :
Equitis.fr/fiducies/le-regime-fiscal-et-comptable-de-la-fiducie/.
[184] J.-D. PELLIER, « Regard sur la fiducie-sûreté », *P.A.* 2007, n° 58, p. 13.
[185] TC Conseils, *La fiducie*, [en ligne] : www.tcconseils.com/fiducie.php.

L'issue de la fiducie-sûreté peut être en faveur du constituant ou non, et cela a aussi des répercussions sur le régime fiscal. Ainsi, si le bien fait retour au patrimoine du constituant parce qu'il a remboursé sa dette, la neutralité fiscale sera maintenue. Mais si l'opération se dénoue en faveur du fiduciaire ou d'un tiers également créancier du constituant, alors « *le poids de la fiscalité resurgit* »[186]. Dès lors en droit français, le transfert des biens ou droits du patrimoine fiduciaire vers le patrimoine personnel du fiduciaire ou du bénéficiaire rend exigible le droit de mutation à titre onéreux, la Taxe sur la Valeur Ajoutée et éventuellement, une taxe sur la plus-value[187]. Cette dernière sera « *soumise à imposition sur déclaration du fiduciaire dans le patrimoine du constituant* »[188]. En outre le bénéficiaire de la fiducie-sûreté sera éventuellement amené à payer des droits d'enregistrement.

Cependant, en cas de nullité du contrat de fiducie prononcée par le juge, l'administration fiscale doit restituer les droits indûment perçus puisque l'acte de fiducie est anéanti rétroactivement[189].

Notons que sur la base de la fiscalité de droit commun, les seuls impôts payés par le fiduciaire sont ceux liés à son activité, notamment la Taxe sur la Valeur Ajoutée et la taxe professionnelle[190]. C'est-à-dire que les prestations de gestion du fiduciaire sont considérées comme des prestations de service, c'est pourquoi il sera redevable de cette Taxe sur la Valeur Ajoutée s'il se fait rémunérer dans le cadre de ses missions[191].

Enfin, au niveau des coûts, on peut penser que tout le formalisme notamment en matière immobilière, rend la fiducie plus onéreuse, voire beaucoup plus que ne le serait l'hypothèque. Or, selon les notaires français, la mise en œuvre d'une hypothèque peut conduire au paiement de divers frais annexes qui viennent alourdir considérablement le crédit hypothécaire, ce qui en fait la sûreté la plus onéreuse en pratique[192]. À titre d'exemple, l'hypothèque supporte, outre les

---

[186] P. NEAU-LEDUC, « Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états,* Dalloz, 2011, p. 48.
[187] B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 16.
[188] P. NEAU-LEDUC, « Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états,* Dalloz, 2011, p.48.
[189] P. NEAU-LEDUC, « Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états,* Dalloz, 2011, p.49.
[190] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 355.
[191]M. EYOUM WONJE, *La fiducie en immobilier*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 en droit des financements et des investissements immobiliers, Université de Cergy Pontoise France.
[192] M.-D. DUBOIS, *Le coût de la garantie d'un crédit immobilier peut varier du simple au triple*, Le Monde Economique, [en ligne], 10/12/2012, mis à jour le 18/12/2012, adresse URL : mobile.lemonde.fr/economie/article/2012/12/10/le-cout-de-la-garantie-d-un-credit-immobilier-peut-varier-du-simple-au-triple_1802268_3234.html.

émoluments du notaire[193], les assurances et éventuellement les pénalités pour remboursements anticipés[194]. Or, dans le cadre de nos recherches auprès d'établissements bancaires malgaches, à côté du nantissement et du cautionnement, l'hypothèque est la sûreté de prédilection des malgaches, les biens immobiliers étant considérés par les banquiers comme offrant le plus de sécurité. Par conséquent, la fiducie, si elle devait être introduite en droit malgache ne devrait dans la pratique, être pénalisée du seul fait de son onérosité et pourrait même s'avérer être une alternative plus intéressante à l'hypothèque.

B.- Applications pratiques et réalisation

La fiducie-sûreté peut-elle constituer une alternative sérieuse aux autres institutions déjà établies et qui ont chacune leur domaine de prédilection ? A l'heure actuelle, il existe une concurrence entre la fiducie-sûreté et les autres sûretés (1) du système romano-germanique, en raison de ses nombreux atouts et notamment de sa redoutable efficacité à l'aune des procédures collectives (2).

1 – La concurrence entre la fiducie-sûreté et les autres sûretés

La fiducie-sûreté est une institution très attrayante mais peut-elle s'imposer face au gage et à l'hypothèque (a) ? Qu'en est-il face aux autres propriété-sûretés (b) ?

a – La fiducie-sûreté face au gage et à l'hypothèque

On dit souvent de l'hypothèque qu'elle est la « *reine des sûretés* »[195], puisqu'elle est *la* sûreté de prédilection en matière immobilière, éclipsant ainsi « *les sûretés immobilières légales et judiciaires* »[196]. Or, même si la fiducie-sûreté est susceptible d'une application très large, c'est dans le domaine des biens meubles incorporels qu'elle est la plus utilisée[197]. Faut-il alors en déduire qu'il n'y a pas de concurrence entre ces deux institutions ?

Tout d'abord, l'hypothèque n'offre qu'un droit réel accessoire sur les biens affectés en garantie, se déclinant en un droit de préférence et en un droit de suite[198]. Partant, plusieurs créanciers hypothécaires sont souvent en concurrence

---

[193] *Les garanties réelles : nantissement et inscriptions hypothécaires,* Notaires Paris-Ile-de-France, [en ligne], 06/02/2017, en ligne : www.notaires.paris-idf.fr/entrepreneur/les-garanties-reelles-nantissement-et-inscription-hypothécaires.
[194] *Ibid.*
[195] J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés,* 5ème Ed., Dalloz, 2010, p. 172.
[196] *Ibid.*
[197] F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 12.
[198] Article 182 de la loi n°2003-041 sur les sûretés : « *L'hypothèque […] confère à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence* ».

et sont départagés selon leur rang, là où le créancier fiduciaire aura une exclusivité sur la valeur de l'immeuble. De plus, « *contrairement à une hypothèque même assortie d'un pacte commissoire*[199]*, la fiducie-sûreté résiste aux difficultés du débiteur notamment à sa liquidation judiciaire* »[200].

Par ailleurs, le créancier fiduciaire peut demander au débiteur ayant gardé la possession de l'immeuble grâce à une convention de mise à disposition une rémunération sous forme de loyers[201].

Au niveau de la réalisation, la liberté contractuelle permet une réalisation plus rapide pour la fiducie-sûreté. Certes, le pacte commissoire a été autorisé en droit français, même en matière d'hypothèque, mais ce mode de réalisation est soumis à certaines conditions légales en plus d'alourdir considérablement le formalisme de l'hypothèque alors que la fiducie-sûreté permet une expertise et une réalisation amiables. Et contrairement aux apparences, ce pacte ne revêt pas un réel intérêt puisque privé de toute efficacité lors de l'ouverture d'une procédure collective[202].

Cette rapidité de réalisation de la fiducie-sûreté portant sur des immeubles serait d'autant plus appréciée à Madagascar, où l'interdiction du pacte commissoire (et de la clause de voie parée[203]) demeure pour les hypothèques mais s'est assouplie en matière de gage[204]. Par ailleurs, la réalisation des hypothèques est souvent soumise à une procédure très longue, complexe et parfois incertaine.

---

[199] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 444 ; la levée de l'interdiction du pacte commissoire en droit français s'est déroulée progressivement. Cette réforme s'est faite dans un premier temps, sous l'impulsion de la jurisprudence, puis dans un deuxième Ed. temps est intervenue l'ordonnance du 23 mars 2006.

[200] D. HALLER, *IMMOBILER La fiducie-sûreté : une nouvelle garantie immobilière pour les banques*, Chaintrier Avocats, en ligne : www.chaintrier.com/content/immobilier-la-fiducie-surete-une-nouvelle-garantie-immobiliere-pour-les-banques-.

[201] R. DAMMANN, *Les principaux traits de la fiducie sûreté*, Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, en ligne : http://droit-des-affaires.efe.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/

[202] Article 622-7 du Code de commerce français : « *I.-Le jugement ouvrant la procédure […] fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissoire* ».

[203] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 440 ; c'est une « *clause écartant les formalités légales de la vente forcée, notamment les saisies préalables* ».

[204] Article 72 de la loi n°2003-041 sur les sûretés : « *[…] Est réputée non écrite :*
- toute clause dite pacte commissoire concomitante à la constitution du gage, qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus » ; ainsi selon une interprétation *a contrario* des dispositions de cet article, le pacte commissoire est valable dès lors qu'il n'est pas concomitant à la constitution du gage. Cela s'explique par la volonté de ne pas valider une clause que le débiteur aurait acceptée parce qu'il a été sous la pression du créancier, au moment de la constitution du gage.

Un autre élément important à considérer en matière de sûretés est la discrétion puisqu'elle peut avoir des impacts sur la renommée ou la réputation d'une entreprise ou d'un entrepreneur. Or, le système de la publicité foncière permet aux tiers de se tenir au courant de l'évolution et de la situation d'un immeuble hypothéqué. En matière de fiducie, seules les autorités étatiques surveillent de près les diverses opérations grâce au registre national des fiducies pour des raisons de fiscalité et de sécurité publique.

La fiducie-sûreté immobilière a aussi l'avantage de pouvoir se faire avec dépossession[205] car la gestion de l'immeuble peut être confiée à un tiers et le fiduciaire se limite alors à encaisser les loyers et à payer les charges et impôts y afférents[206]. Elle évite également au créancier toutes les incertitudes et contraintes liées à la saisie immobilière, à la vente aux enchères et à la faillite du débiteur constituant, sans toujours être plus onéreuse. En France, si l'hypothèque semble avoir plus de succès, ce serait davantage dû à une méconnaissance du mécanisme de la fiducie[207] qu'à une inadaptation de cette dernière en matière immobilière. En effet, sa flexibilité et son régime fiscal lui permettront sûrement à l'avenir de jouer un rôle important dans le financement immobilier[208]. Elle l'emporte également sur le gage immobilier du droit français qui est plus onéreux et dont le formalisme est plus lourd, de sa constitution à sa réalisation.

Mais qu'en est-il alors de la fiducie-sûreté mobilière ? D'emblée, si elle est faite sans dépossession, rien n'empêche le débiteur de mauvaise foi d'aliéner un bien dont il ne détient plus qu'une simple propriété économique et non juridique. En l'absence de publicité, le fiduciaire ne peut exercer aucune action en revendication contre le tiers acquéreur de bonne foi ; tandis que le gage sans dépossession offre un droit de suite au créancier gagiste[209]. La publicité du gage sans dépossession requiert en effet des formalités très semblables à celles de la publicité foncière[210], ce qui lui confère sa sécurité.

---

[205] CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.efb.fr, page 14.
[206] *Ibid.*
[207] La Banque Privée 1818, *La fiducie sûreté : outil de gestion du patrimoine personnel et professionnel*, Vision Patrimoine, [en ligne] 14/04/2014, mise à jour le 18/04/2014, adresse URL : http://www.gestionprivee.caisse-epargne.fr/patrimoine/fiducie-surete/.
[208] Association Française des Fiduciaires, *La fiducie : une opportunité pour le financement des entreprises*, FY, [en ligne], 7/12/2015, adresse URL : www.reddit.com/submit?url=http%3A%2F%2Fwww.finyear.com%2FLa-fiducie-une-opportunite-pour-le-financement-des-entreprises_a34767.htlm&title=La+fiducie+%3A+une+opportunit%C3%A9+pour+le+financement+des+entreprises.
[209] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 435.
[210] *Ibid.* ; comme en matière hypothécaire, l'inscription doit respecter un principe de double spécialité relatif à l'assiette de la sûreté d'une part, et à la créance garantie d'autre part.

Ensuite, la fiducie-sûreté ne parvient pas non plus à s'imposer face au gage avec dépossession qui offre une sécurité très forte avec son « droit de rétention », quand bien même le pacte commissoire est sans effet à tous les stades de la procédure collective. En effet, si le bien retenu est nécessaire à la continuation de l'activité du débiteur en redressement judiciaire, ou si le prix dégagé par sa vente peut contribuer à apurer le passif, le créancier rétenteur bénéficiera d'un paiement direct après restitution dudit bien pour éviter toute situation de blocage[211]. De même, en cas de liquidation judiciaire, ou de liquidation des biens, nul ne peut contraindre le créancier rétenteur à se dessaisir du bien tant qu'il n'a pas été payé, et le liquidateur aura tout intérêt à le payer si la valeur du bien retenu est supérieure à celle de la créance du rétenteur[212]. La protection ici offerte est équivalente à celle de la fiducie-sûreté en cas de procédure collective[213]. *A contrario,* ce n'est que lorsque le bien retenu n'est ni utile au redressement judiciaire, ni d'une valeur supérieure à la créance du rétenteur, que le droit de rétention peut s'avérer inutile.

Le droit malgache n'a pas apporté tant de précisions sur le sort du droit de rétention en cas de procédure collective, mais étant donné que son régime juridique de base est tiré du droit français, on peut supposer que les effets en cas de faillite du débiteur sont les mêmes.

Quid alors du gage sans dépossession ? Certains auteurs le préfèrent à la fiducie car elle est moins onéreuse, ne serait-ce que d'un point de vue fiscal[214], car la fiducie-sûreté mobilière sans dépossession peut engendrer des frais supplémentaires tels les loyers payés au fiduciaire[215]. Et d'ailleurs, il s'avère que les applications pratiques de la fiducie-sûreté mobilière sans dépossession sont rares[216]. À titre d'exemple, une telle opération serait faisable sur un portefeuille de valeurs mobilières, la nue-propriété étant transmise au fiduciaire et le constituant conservant alors le droit d'usufruit. Il y aurait cependant un risque important à laisser au constituant la possession de ces biens, même en sa seule qualité d'usufruitier, puisqu'il se pourrait que ce dernier en fasse une mauvaise gestion, ou qu'il dilapide lesdits biens[217]. À cause de ces complications, c'est en matière de meubles incorporels que la fiducie-sûreté innomée, et plus tard la fiducie-sûreté nommée, a connu un essor. C'est ce succès qui a d'ailleurs incité le

---

[211] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 672.
[212] *Ibid.*
[213] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés,* 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 675.
[214] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière,* 6ème Ed., Dalloz, 2012, p. 601.
[215] R. DAMMANN, *Les principaux traits de la fiducie sûreté,* Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, adresse URL : http://droit-des-affaires.efe.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/
[216] CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.efb.fr, p. 15.
[217] *Ibid.*

législateur malgache à transposer l'institution de la cession fiduciaire dans la nouvelle loi sur les sûretés.

Concernant particulièrement la fiducie-sûreté nommée, si la sécurité qu'apporte le système du patrimoine d'affectation est indéniable, le formalisme lourd sanctionné par la nullité et la complexité de l'opération fiduciaire peuvent cependant constituer un frein quand on sait que les praticiens apprécient la rapidité et la simplicité des instruments de fiducies-sûreté innomées en matière de meubles incorporels. La fiducie-sûreté mobilière avec dépossession revêt néanmoins un intérêt certain, notamment sur des portefeuilles de valeurs mobilières, ou sur toutes sortes de participations[218]. Comme les valeurs mobilières ou les créances peuvent être évaluées objectivement et précisément, il n'est pas besoin de recourir à l'expertise, ce qui réduit le coût de l'opération. Dans la pratique française, la fiducie-sûreté est en phase de devenir la nouvelle reine des sûretés lorsqu'elle porte sur des portefeuilles de titres financiers, et elle supplante même le nantissement sur compte-titres[219].

Le gage est très peu utilisé par les établissements de crédit à Madagascar, voire pas du tout. Quant au nantissement, il est très pratiqué et ce, sous de nombreuses formes, notamment : nantissement de créances, de matériel et de véhicules. Mais il n'est pas certain que la fiducie, même en offrant une meilleure garantie au créancier, puisse un jour se substituer au nantissement portant sur des biens corporels, en raison de sa complexité et de son onérosité. Que la cession fiduciaire soit cependant en pratique préférée au nantissement de créance est déjà une avancée en soi.

b – La fiducie-sûreté face aux autres propriété-sûretés

La clause de réserve de propriété diffère de la fiducie-sûreté en ce que le créancier réservataire ne devient pas propriétaire, mais le demeure[220] jusqu'à ce qu'il soit entièrement désintéressé. Partant, en cas de non-paiement, son droit est principalement un droit de revendication d'un bien, en qualité de propriétaire. Utilisée essentiellement en matière de vente[221], elle suppose que le bien vendu soit immédiatement mis en la possession du débiteur acheteur. Le transfert de propriété définitif en faveur de ce dernier sera retardé jusqu'au désintéressement

---

[218] *Ibid.*

[219] F. DANOS et B. THOMAS, *Les avantages de la fiducie-sûreté de portefeuille de titres financiers sur le nantissement de compte-titres*, LANDWELL & ASSOCIES, [en ligne], novembre 2014, adresse URL : www.optionfinance.fr.

[220] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 320.

[221] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 322 ; la vente est son domaine de prédilection mais il peut concerner d'autres contrats translatifs de propriété, toutefois, la loi malgache sur les sûretés semble suggérer que son utilisation se limite en matière de vente.

intégral du créancier, contrairement à la délivrance du bien qui n'est pas différée[222].

C'est une sûreté qui ne nécessite pas un formalisme lourd, et ni le droit malgache ni le droit français ne prévoient des formalités particulières. De plus, aucune mesure de publicité n'est prévue en droit français, et la simple stipulation de l'écrit suffit à la rendre opposable aux tiers, en droit malgache.

Sa réalisation est d'autant plus intéressante puisque l'exercice du droit de revendication du créancier réservataire s'exercera presque sans limites. Toutefois, il est bien des hypothèses où ce droit est paralysé. C'est le cas notamment quand un tiers (également créancier du même débiteur) exerce sur le bien concerné un droit de rétention[223]. Quand la réserve de propriété porte sur un bien meuble corporel, on se retrouve dans la même situation problématique que la fiducie-sûreté mobilière, à cause de l'inexistence de publicité. Dès lors, dans les deux cas, l'article 2276 du Code civil français joue en faveur des tiers acquéreurs et autres créanciers gagistes de bonne foi[224]. Néanmoins, le réservataire peut reporter son droit de propriété sur « *la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur* » comme l'affirme l'article 2372 du Code civil.

Mais la clause de réserve de propriété est-elle plus efficace en cas de procédure collective ? En droit malgache et en droit français, le droit de revendication demeure applicable sous réserve de certaines conditions légales. Ce faisant, le créancier réservataire va bénéficier d'un paiement indirect. Il faut noter qu'en droit français, le régime juridique de la revendication d'un bien transféré dans un patrimoine fiduciaire mais dont l'usage ou la jouissance a été conservée par le débiteur, a été aligné sur celui de la clause de réserve de propriété[225]. Cependant, le réservataire aura un net avantage puisque la revendication pourra se faire dans un délai de trois mois à partir du jugement d'ouverture. Or, comme évoqué précédemment, le fiduciaire devra attendre la résiliation ou le terme du contrat de mise à disposition. Ce dernier étant un contrat en cours, le fiduciaire ne peut se prévaloir d'un paiement indirect[226].

En ce qui concerne le crédit-bail, il est pour rappel, « *un montage par lequel un professionnel, désireux de disposer d'un bien d'équipement, le fait acheter par un établissement de crédit qui le lui donne en location pour une durée correspondant à la durée d'amortissement du bien* »[227]. À l'instar du créancier

[222] *Ibid.*
[223] Com. 3 octobre 1989, *société Marquet c/ société Transports Rochais-Bonnet*, pourvoi n° 87-15725, Bull 1989 IV n°244.
[224] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 324.
[225] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 683.
[226] *Ibid.*
[227] J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5ème Ed., Dalloz, 2010, p. 239.

réservataire, le crédit-bailleur se réserve « *un droit de propriété sur la valeur de la chose* »[228]. Détenant la propriété juridique, celui-ci voudra se décharger de toutes charges « *inhérentes à l'utilisation du bien* »[229], qui sont rattachées à la propriété économique[230]. C'est un mécanisme de garantie qui a ceci de particulier que le crédit-bailleur a tout intérêt à ce que le bien qu'il a financé ne lui soit jamais restitué, que cette propriété économique demeure au locataire[231]. À part les frais engendrés pour sa conservation, il n'est pas assuré de trouver un nouvel acheteur de sitôt, et si le bien acquis correspond à un besoin spécialisé, il est difficile de le replacer sur le marché[232]. En outre, l'usage qu'en a fait le débiteur a pu en diminuer la valeur, ce qui exclurait un remboursement intégral lors de sa revente.

Si le crédit-bail résiste à l'épreuve des procédures collectives, l'opposabilité de la réserve de propriété dépendra de l'accomplissement d'une mesure de publicité[233]. Cependant, tout comme pour la fiducie-sûreté et la réserve de propriété, en dehors de toute situation de faillite du crédit-preneur, le crédit-bail se heurte aux droits des sous-acquéreurs de bonne foi[234]et l'accomplissement d'une publicité obligatoire est sans effet à leur égard[235]. Néanmoins, elle évite au crédit-bailleur d'exercer l'action en restitution avant le jugement d'ouverture[236], contrairement au réservataire.

Quoi qu'il en soit, on ne peut pas réellement parler de concurrence entre les différentes propriété-sûretés. En effet, le crédit-bail est davantage une activité d'investissement et une forme de location-financement, tandis que la clause de réserve de propriété est un instrument permettant aux fournisseurs et vendeurs de marchandises d'accorder des délais de paiement à leurs clients/acheteurs en toute sécurité. Si tous deux favorisent l'investissement, la fiducie quant à elle, se

---

[228] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Dalloz, 2012, p. 669.
[229] *Ibid*.
[230] L'éclatement de la propriété comme dans le cas du *trust* et la dichotomie qui s'ensuit entre propriété juridique et propriété économique n'existent pas dans le droit de tradition civiliste, toutefois nous employons ces termes afin de mieux illustrer nos propos ; cf. P. DUPICHOT, *Rapport de synthèse, in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 102 et 103.
[230] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Dalloz, 2012, p. 669.
[231] P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Cujas, 1994/1995, p. 290.
[232] M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 4ème Ed., Litec, 1997, p. 449.
[233] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Dalloz, 2012, p. 682.
[234] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 327.
[235] Com. 14 octobre 1997, société *Procrédit c/ sociétés Durr développement et système Ed.s et Aegys technology*, pourvoi n° 95-10006, Bull 1997 IV n° 257.
[236] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 682.

distingue par son caractère polymorphe. En outre, elle peut concerner tous les types de biens qui soient, contrairement aux deux autres[237]. En effet, la réserve de propriété concerne exclusivement les biens corporels, immeubles ou meubles[238]. Quant au crédit-bail, il porte sur les biens immobiliers, mais surtout sur les biens mobiliers tels que les biens d'équipement, matériels et outillages, véhicules. Pour les biens incorporels, il se limite aux fonds de commerce et aux établissements artisanaux.

Malgré cette potentielle polyvalence, son domaine d'application est restreint dans la pratique. Selon les praticiens, « *les cas les plus fréquents sont […] des fiducies sur parts sociales, sur créances ou sur sommes d'argent* » [239]. N'ayant pas encore eu l'occasion de se développer suffisamment depuis son introduction en droit français, elle s'avère néanmoins très utile dans le cadre des créances restructurées.

Certains auteurs pensent que le crédit-bail a quelques ressemblances avec la fiducie, notamment dans l'hypothèse du *lease-back*[240]ou cession-bail. Il s'agit de l'opération par laquelle le propriétaire d'un bien, généralement immeuble[241] le vend au prêteur, qui est la société de crédit-bail[242]. Cette dernière le reloue aussitôt dans le cadre d'un crédit-bail. À la fin de la location, le crédit-preneur dispose de l'option d'achat, si elle est levée, alors le crédit-preneur redevient le propriétaire du bien[243]. Si l'opération concerne un bien meuble, on parle de *leasing* adossé[244], mais cette fois, le crédit-preneur loue à son tour le même bien à des clients utilisateurs. Il est vrai qu'a priori, un tel mécanisme rappelle vaguement celui de la vente à réméré, qui a, comme nous l'avons vu, quelques liens avec la fiducie. La fiducie-sûreté et le crédit-bail permettent à l'entreprise d'obtenir un crédit en transférant la propriété d'un bien acquis préalablement. Mais là où le système du *lease-back* semble plus avantageux, c'est par rapport au dénouement en cas défaillance du crédit-preneur en cours de contrat. En effet, même après avoir

---

[237] R. DAMMANN, *Les principaux traits de la fiducie sûreté*, Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, adresse URL : http://droit-des-affaires.efe.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/

[238] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 321 ; bien que la réserve de propriété soit rare en matière immobilière.

[239] R. DAMMANN, *Les principaux traits de la fiducie sûreté*, Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, adresse URL : http://droit-des-affaires.efe.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/

[240] P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Cujas, 1994/1995, p. 290.

[241] L'immeuble en question doit être à usage professionnel, comme un local commercial ou industriel, une usine, des bureaux ou même un entrepôt.

[242] M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 4ème Ed., Litec, 1997, p. 449.

[243] P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6ème Ed., Cujas, 1994/1995, p. 290.

[244] D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 6ème Ed., Dalloz, 2008, p. 253.

récupéré son bien, le crédit-bailleur restera créancier des loyers impayés mais en plus, il pourra toujours prétendre à la créance d'indemnité résultant de la clause pénale traditionnellement insérée dans ce genre de contrat[245]. Et même dans l'hypothèse où il serait intégralement remboursé, il aura toujours le droit de conserver le bien objet du crédit-bail. Dès lors, nous ne voyons pas comment la fiducie-sûreté pourrait rivaliser avec un système aussi ingénieux. Pourtant, on peut reprocher à la cession-bail son manque d'accessibilité aux petites et moyennes entreprises même si en théorie toute entreprise, sans distinction peut en bénéficier. En plus d'être une opération juridique assez complexe, elle ne concerne en pratique que des biens d'une très grande valeur comme les biens immobiliers et industriels entre autres[246], même si la théorie admet la mise en cession-bail de tous les biens, du moment qu'ils sont utilisés dans l'exploitation commerciale, industrielle ou professionnelle. Toutefois, le *lease-back* sera rarement consenti par l'établissement de crédit si son objectif est de générer des liquidités en vue de financer des activités déficitaires[247]. Sur ce point, il est préférable de se tourner vers la fiducie-sûreté qui permet plus facilement aux entreprises en difficultés d'obtenir du crédit. En outre, les actifs sur lesquels porte la cession-bail doivent être d'une qualité irréprochable[248]. C'est-à-dire qu'ils doivent avoir fait l'objet d'un bon entretien.

Par ailleurs, au niveau du coût, le *lease-back* immobilier peut être particulièrement onéreux puisqu'il faut établir un acte authentique, procéder à la publicité foncière, sans oublier l'expertise immobilière[249]. Et même si l'opération est fiscalement globalement neutre, plus la durée du contrat est longue, plus le coût financier sera élevé. Or il s'avère que la durée du contrat dépendra justement de la capacité financière de l'entreprise crédit-preneuse. L'avenir dira laquelle des deux institutions : fiducie-sûreté ou *lease-back* immobilier, aura la faveur des praticiens en matière de financement immobilier.

D'aucuns pensent également que la fiducie-sûreté ne pourra pas concurrencer la clause de réserve de propriété en matière de meubles corporels, dont la technique est éprouvée depuis de nombreuses années et qui procure une

---

[245] M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 4ème Ed., Litec, 1997, p. 450.
[246] X. LABARRIERE, *Comment marche un lease-back* ?, ECL Direct, [en ligne], 24/09/2013, mise à jour le 21/09/2016, en ligne : https://www.expert-comptable-tpe.fr/articles/comment-marche-un-lease-back/ .
[247] X. LABARRIERE, *Comment marche un lease-back* ?, ECL Direct, [en ligne], 24/09/2013, mise à jour le 21/09/2016, en ligne : https://www.expert-comptable-tpe.fr/articles/comment-marche-un-lease-back/ .
[248] *Ibid.*
[249] E. TORT, *Les spécificités des opérations de lease-back immobilier*, *RFC*. 2011, n°445, page 39.

grande satisfaction aux créanciers[250]. En outre, la réserve de propriété a l'avantage d'avoir une constitution simple alors que le mécanisme du patrimoine fiduciaire est bien trop complexe sans pour autant apporter une meilleure protection[251]. Et tandis que la réserve de propriété peut s'insérer dans les relations entre particuliers, la fiducie-sûreté est assurément trop technique pour le simple particulier qui aura systématiquement besoin des conseils d'un tiers-protecteur et éventuellement de l'intervention d'un fiduciaire rémunéré. En outre, elle est « *trop lourde et trop complexe à mettre en place pour de petits crédits*[252] » comme les crédits à la consommation, et son utilisation par des « *personnes physiques paraît inopportune spécialement lorsque le crédit est d'un montant relativement faible* »[253]. En raison de sa finalité et de sa technicité, elle serait beaucoup plus attrayante et pratique pour les grandes entreprises[254].

2 – Sa redoutable efficacité à l'aune des procédures collectives

La fiducie-sûreté est véritablement un « *instrument redoutable de protection des créanciers de l'entreprise en difficulté* »[255]. Les procédures collectives sont régies par le principe de l'égalité des créanciers. À ce titre, le patrimoine réel ou apparent du débiteur sera figé à une certaine date, pouvant entrainer la disparition de certaines sûretés constituées antérieurement[256]. La nullité de la période suspecte[257] est une règle très importante, car on ne peut admettre qu'un créancier cherche à se prémunir contre une insolvabilité déjà acquise[258], et la fiducie-sûreté n'y échappe pas.

Ainsi, aux termes de l'article L. 632-1du Code de commerce français, tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire est nul, lorsqu'il est intervenu depuis la date de cessation des paiements. En outre, selon le même article, est nul « *tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens*

---

[250] S. PIEDELIEVRE, « Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ? », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 78.
[251] *Ibid.*
[252] A. GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir, in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 73.
[253] H. RANDRIAMAROTIA, « Réflexions sur les mécanismes d'affectations des créances à la garantie d'une dette en droit français », *in Regards sur le droit malgache, Mélanges en l'honneur du professeur A. RAHARINARIVONIRINA*, Jurid'ika, 2010, p. 394.
[254] *Ibid*.
[255] N. GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), p. 3.
[256] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 649.
[257] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 650, la période suspecte est la période se situant entre la date de cessation des paiements et celle du jugement d'ouverture de la procédure collective.
[258] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 651.

déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant ». *A contrario*, le transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire est donc valide s'il est intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée.

Par ailleurs, si tous les créanciers ont l'obligation légale de déclarer leur créance, le fiduciaire (ou le bénéficiaire) semble être exempté d'une telle formalité. Selon certains auteurs, la déclaration n'a d'intérêt que si le patrimoine fiduciaire est insuffisant pour désintéresser le créancier[259]. Malgré tout, il est préférable, de déclarer la créance et la fiducie-sûreté à titre de précaution[260]. Notons que si la fiducie-sûreté venant garantir la créance n'est pas mentionnée dans la déclaration de créance, elle ne pourra être invoquée dans la procédure collective et sur ce point, la jurisprudence est constante s'agissant des sûretés réelles[261]. Le fiduciaire négligent y participera alors en tant que simple créancier chirographaire.

L'un des véritables avantages conférés par la fiducie-sûreté concerne cependant la possibilité de contourner la règle posée par l'article L. 622-7 du Code de commerce français. En son alinéa premier, il énonce que « *le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture* ». Cette interdiction de principe s'applique indifféremment dans le cadre de la sauvegarde, du redressement et de la liquidation judiciaire. Il émane de cette règle, la volonté d'instaurer une discipline collective, et d'augmenter les chances de redressement du débiteur[262] ; or exceptionnellement, lorsque certaines créances ou certains biens sont sortis du patrimoine du débiteur, le paiement pourra intervenir et sont concernées à ce titre, la cession de créance, la délégation de créance et la fiducie-sûreté[263].

S'agissant de ce paiement, un créancier peut être désintéressé, au moins partiellement, soit paiement à l'échéance soit par paiement par préférence[264]. Le premier est beaucoup plus efficace puisque le créancier concerné échappe à tout concours et c'est justement le cas du créancier fiduciaire (ou bénéficiaire). Or, le deuxième est soumis à la loi du concours car le paiement par préférence va en fait s'exercer sur le prix dégagé de la cession de l'entreprise, de ses actifs, ou des

[259] R. DAMMANN et G. PODEUR, *Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution?*, Dalloz, 2007, p. 1361 ; cité par P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 4ème Ed., Dalloz, 2008-2009, p. 1498.
[260] A. AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives, in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 67.
[261] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 664.
[262] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 668.
[263] P.-M. LE CORRE, *Droit des entreprises en difficulté*, 4ème Ed., Dalloz, 2011, p. 796.
[264] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 668.

deniers de la liquidation[265]. En outre, dans le cadre du redressement judiciaire et de la procédure de sauvegarde, la fiducie-sûreté est très avantageuse puisque le créancier fiduciaire ou le bénéficiaire pourront être payés directement ou indirectement, suivant la situation. Le paiement sera indirect si la conservation ou l'acquisition de la propriété d'un bien va permettre d'éteindre au moins pour partie la créance garantie. La valeur dudit bien viendra alors en déduction de celle de la créance en question[266]. Ce faisant, leur sûreté sera éteinte par voie accessoire[267]. C'est ce que l'on appelle un « *re-transfert de propriété contre paiement* »[268].

Mais alors, il faut en déduire que la fiducie-sûreté qui opère sans dépossession du débiteur est donc d'une efficacité moindre[269]. En effet, la convention de mise à disposition va empêcher tout transfert des biens ou droits fiduciés au profit du fiduciaire ou du bénéficiaire, du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. La sanction en cas de violation de cette règle est la nullité.

En théorie, la réalisation de la fiducie-sûreté est toujours possible mais à condition que les biens fiduciés ne soient pas entre les mains du débiteur en vertu d'une convention de mise à disposition[270]. En effet, la fiducie-sûreté échappe également à la règle de la suspension des poursuites individuelles et des voies d'exécution puisque les biens affectés en garantie sont sortis du patrimoine personnel du débiteur. En fait, la réalisation de la fiducie-sûreté n'est paralysée que si l'entreprise débitrice a raisonnablement la possibilité de revenir à meilleure fortune et que les biens fiduciés sont utiles pour la poursuite de son activité en question, ou du moins sont-ils présumés comme tels[271]. Ensuite, il faut qu'il existe une convention de mise à disposition, puisqu'on peut présumer que si le débiteur a voulu conserver les biens remis en fiducie, c'est parce que logiquement il en avait vraiment besoin pour pouvoir continuer son activité[272]. Cette convention est d'ailleurs soumise aux règles de la continuation des contrats en cours[273]. Ces deux conditions sont cumulatives.

---

[265] *Ibid.*
[266] *Ibid.*
[267] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 672.
[268] A. AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives, in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 66.
[269] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 675.
[270] A. AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives, in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 66.
[271] A. AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives, in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 68.
[272] *Ibid.*
[273] P.-M. LE CORRE, *Droit des entreprises en difficulté*, 4ème Ed., Dalloz, 2011, p. 65.

Par conséquent, la réalisation est toujours possible dans le cadre d'une liquidation judiciaire puisque l'activité est destinée à cesser immédiatement ou à terme, qu'il y ait ou non une convention de mise à disposition[274], celle-ci n'étant de toute façon plus placée sous le régime des contrats en cours. Ici, toute chance de redressement est définitivement compromise.

On pourrait penser *a priori* que cette restriction encadrant la convention de mise à disposition défavorise le créancier fiduciaire mais en fait, le professeur Augustin Aynès souligne qu'elle peut, au contraire, lui être bénéfique[275]. En effet, cette limitation est censée offrir au débiteur, les meilleures conditions possibles afin de se rétablir et pour qu'il puisse payer le fiduciaire en numéraire. Ce dernier n'aura donc pas besoin d'acquérir la propriété définitive du bien. Si la sauvegarde ou le redressement échouent, une procédure de liquidation judiciaire sera de toute façon ouverte et rien ne pourra empêcher la réalisation de la fiducie-sûreté.

Donc, la fiducie-sûreté est très efficace dans le cadre des procédures collectives, même s'il y a quelques atteintes directes ou indirectes à sa réalisation[276] puisqu'elle a véritablement la capacité d'assurer le paiement du créancier, et c'est là un trait qui lui est caractéristique[277]. Ces mesures ne visent pas à empêcher sa réalisation ou à forcer le créancier à consentir à certains sacrifices, mais plutôt à lui imposer certains délais d'attente, notamment si un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire a été adopté et s'il a été convenu une convention de mise à disposition[278].

Par ailleurs, c'est avant tout la liberté contractuelle qui va permettre une réalisation efficace et rapide. En effet, d'une part, elle n'est pas soumise aux contraintes et restrictions affectant la réalisation des autres sûretés réelles même dans le cadre des procédures collectives : il s'agit notamment de l'interdiction de la clause de voie parée et de l'inefficacité du pacte commissoire[279]. On évite aussi tout le processus lié à la saisie. Rappelons que les parties peuvent tout à fait se passer du juge non seulement pour la réalisation mais aussi pour l'expertise à effectuer à cet effet. D'autre part, elle confère aussi une certaine discrétion qui préserve la réputation d'un opérateur économique qui se garderait bien d'attirer l'attention sur son insolvabilité ou sa défaillance. Sans passer par une vente aux

---

[274] A. AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives, in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états,* Dalloz, 2011, p. 68.
[275] *Ibid.*
[276] A. AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives, in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états,* Dalloz, 2011, p. 70.
[277] A. GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir, in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 71.
[278] A. GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir, in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états,* Dalloz, 2011, p. 72.
[279] *Ibid.*

enchères publiques, elle serait sans doute très appréciée à Madagascar car il s'avère que la réalisation à l'amiable des sûretés soit une tendance généralisée dans la pratique malgache[280].

Notons par ailleurs que la fiducie-sûreté a pour particularité de ne pas s'éteindre au décès du constituant personne physique et ses héritiers prendront alors sa place dans le contrat. Cependant les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire doivent être attribués dans le partage à l'un des héritiers, qui deviendra le successeur du constituant[281]. Elle peut s'avérer plus efficace que le cautionnement car cette transmission semble concerner les dettes nées antérieurement et postérieurement au décès. En effet, le décès d'une caution entraine l'extinction de son obligation de couverture, d'où seules les dettes nées avant son décès sont transmises à ses héritiers[282].

Pour conclure, la fiducie serait un instrument très utile pour les entreprises malgaches puisqu'elle a « *vocation à s'appliquer à tous les aspects du financement des entreprises*[283] ». Au cours de nos enquêtes, nous avons pu constater que les sûretés réelles classiques utilisées à Madagascar offrent bien peu de protection en cas de procédure collective ouverte contre le débiteur emprunteur. Étonnamment, le problème ne vient pas d'une « crise » qui affecterait l'efficacité des sûretés en elles-mêmes, mais plutôt d'un blocage d'ordre procédural. Dans la pratique, pour les très rares cas où le Tribunal de commerce prononce le jugement d'ouverture, la procédure collective est si longue et complexe, que l'on n'arrive généralement pas au stade de la distribution des deniers issus de la réalisation des actifs du débiteur. Cela ne veut pas dire que les créanciers se retrouvent impayés, mais plutôt que la procédure « suit encore son cours ». Le fait que cette dernière soit très technique explique qu'elle ait généralement du mal à aboutir. On ne peut donc à l'heure actuelle se prononcer réellement sur les impacts de la procédure collective sur les sûretés malgaches ni sur leur efficacité. Cependant, pour échapper à ces inconvénients, les banquiers préfèrent parfois recourir au cautionnement, mais là non plus, rien n'assure au créancier que la caution sera solvable quand elle sera actionnée, ou qu'elle n'essayera pas de se soustraire au paiement. Pourtant, avec l'introduction de la fiducie-sûreté, les banques pourront obtenir leur dû sans devoir attendre l'issue d'une procédure de liquidation des biens incertaine, et sans devoir craindre la moindre concurrence avec d'autres créanciers et/ou d'autres banquiers.

---

[280] RAMAROLANTO-RATIARAY, R. ANDRIANAIVO RAVELONA, « Tendances et évolution du droit des affaires à Madagascar », *RIDC.* 1992, volume 44 n° 2, p. 430.
[281] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 368.
[282] M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Dalloz, 2012, p. 368.
[283] A. GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir, in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 73.

Mais en dépit de ses qualités très attrayantes, la fiducie-sûreté nécessite certaines conditions juridiques et économiques pour pouvoir s'épanouir. Ainsi, les principales difficultés sont la complexité de l'opération de fiducie et l'exigence d'une certaine technicité qui risquent de la rendre moins accessible. De plus, dans un contexte général de marasme économique, la diminution des demandes de financement risque de ne pas être en faveur du développement de la technique fiduciaire. L'introduction de la fiducie en droit malgache sera difficile mais pas impossible. Elle sera une nécessité face à l'évolution de la pratique.

Articles

DROIT DES SUCCESSIONS

Le testament dans le droit des États de l'Océan Indien : Afrique du Sud, Comores, Madagascar, Maurice, Mozambique, Seychelles

Christelle RINGWALD

Master 2 Droit du Patrimoine parcours Droit Notarial 2016-2017

Université de la Réunion

Résumé :

Une étude comparative a été menée sur les normes régissant la confection du testament en Afrique du Sud, aux Comores, à Madagascar, à Maurice, au Mozambique et aux Seychelles. Il en ressort : d'une part, que les formes du testament oscillent entre pluralité et singularité ; d'autre part, que le contenu du testament oscille quant à lui entre restrictions et libertés.

Mots-clés :

Testament (confection) – Océan Indien – Afrique du Sud – Comores – Mozambique – Seychelles – Maurice.

Abstract :

A comparative study has been led about the norms governing the making of the testament in South Africa, The Comoros, Madagascar, Mauritius, Mozambique and The Seychelles. It was found: from one hand, that the legal forms of the testament range from plurality and singularity; from the other hand, that the legal content of the testament range from restrictions to liberty.

Key-words:

Testament (making) – Indian Ocean – South Africa – Comoros – Mozambique – Seychelles – Mauritius.

« - Quand je mourrai, répétait le vieux fou, tu seras mon héritier.
Louis, le meunier, riait à gorge déployée.
- Si tu mourais, j'hériterais de ta cabane, mon oncle : la belle affaire ! Elle s'écroulerait. Si tu avais de l'argent, tu ne serais pas mendiant.
Un soir, le vieux fou eut un accident. Sur son lit de mort, il réclama un papier pour écrire son testament : dans un grand pot de fer, il y avait deux fois cinquante mille louis d'or. Ce récipient, on le trouverait enterré au beau milieu de la mauvaise cabane de pierre et de paille qui lui servait de maison.
- Je te l'avais bien dit, mon neveu, que tu serais mon héritier. Voilà, c'est signé. Si tu faisais dire une messe pour le repos de mon âme, j'en serais content. Ainsi le Bon Dieu me pardonnerait-il mes petits vols et les gros mensonges que j'ai racontés.
Mais qui aurait cru les choses que ce vieux fou avait racontées ! Qui l'aurait pris au sérieux ? »

Georges SAND, *Le meunier d'Angibault*, 1845

Cet extrait littéraire illustre la préoccupation humaine pour le devenir de son patrimoine, ainsi que pour le devenir de son âme. Cette préoccupation peut se traduire, comme l'a fait le personnage de cet extrait, dans un testament. Ainsi, l'homme exprime sa – dernière – volonté pour le temps où il ne sera plus.

Le testament peut alors être défini comme l'expression des dernières volontés d'une personne qui prend effet à sa mort. Le *de cujus*[1] continue de cette manière à régir les biens de sa progéniture et à manifester sa présence parmi les vivants[2]. Cela traduit aussi la propension humaine à vouloir tout contrôler, même au-delà de la mort. Les biens seraient ainsi le prolongement de la personne humaine. En décidant de la façon dont ils seraient distribués, par un testament, cette personne continuerait de vivre. Serait-ce ici une manifestation du caractère inviolable et sacré du droit de propriété consacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? En effet, cela pourrait être le cas, car même après sa mort, grâce au testament, le *de cujus* a un droit de regard sur ce qui lui a appartenu, et qui pourtant ne lui appartient évidemment plus. Le testament est alors un moyen fabuleux de perpétuer sa volonté après sa mort. Le droit limite cependant les éventuels abus.

En droit français, le testament est défini à l'article 895 du Code civil comme « un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer. » Le testament est donc un acte juridique unilatéral et volontaire marqué par la révocabilité, dont les

[1] De la formule latine « *is de cujus successione agitur* » : celui de la succession duquel il s'agit.
[2] E. NJARA, *Le droit successoral malgache in Droit et Cultures* issue 33, 1997, p. 161 à 172.

effets commenceront à courir après la mort du testateur. Le volet extrapatrimonial, le devenir de son âme notamment, n'est pas évoqué dans cette définition.

Dès lors, la faculté de rédiger un testament est régie par le droit d'un État déterminé. Dans d'autres États, les règles peuvent être différentes. À ce stade, il convient de se pencher sur la définition du mot « droit ». Le *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU le définit comme l'ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société. Par ailleurs, il est marqué d'une ambiguïté. Il peut tantôt désigner la règle et se définira par sa qualification : droit privé, droit de la famille, droit des successions, etc. Tantôt il désignera également le résultat de cette règle. Ainsi, il est commun d'entendre qu'un arrêt rendu par une juridiction n'est pas conforme au droit. Mais la loi n'est que la mise en forme du droit comme l'exprime l'adage « *non ex regula jus fiat sed ex jure regula sumitur* », « ce n'est pas de la règle que découle le droit mais c'est du droit que découle la règle ». Le droit est bien la source de la loi et non l'inverse.[3] En effet, il aurait également été possible de parler de « la loi » qui régie le testament. Mais le terme « droit » a été préféré car il en est la source. Le droit relatif au testament peut donc différer d'un État à l'autre.

Un État, en ce qu'il est composé de trois éléments – une population, un territoire et une autorité politique souveraine – au sens du droit international et constitutionnel, est le cadre dans lequel un droit peut se développer. Il peut également se développer hors du cadre étatique dans certains domaines, le droit de l'environnement notamment, mais dans la plupart des cas, c'est par l'intermédiaire d'un État qu'un droit trouve à se développer. L'État lui-même est d'ailleurs soumis au droit, que l'on retrouve dans la notion d' « État de droit », mais là est un autre débat. En revanche, c'est le droit de plusieurs États de l'océan Indien qui en fera l'objet.

L'océan Indien n'étant cependant pas une organisation géopolitique déterminée, comme l'Europe peut l'être, en tant qu'à la fois un continent et une organisation géopolitique avec des pays membres, il faudra choisir les États qui l'ont pour rivage pour délimiter cette étude. Certaines organisations existent cependant et peuvent aider à faire ce choix. Il y a par exemple l'association « Droit dans l'océan Indien » (LexOI) et la Commission de l'océan Indien.

Cette dernière est une organisation intergouvernementale créée en 1982. Elle est composée de cinq États membres – les Comores, la France (Réunion), Madagascar, Maurice et les Seychelles – et a deux principales missions[4]. La première est d'être le vecteur privilégié de construction et de développement solidaire de l'espace *indianocéanique*. La seconde est de servir de cadre à ses

[3] Bernard BEIGNIER *et al, Introduction au droit,* LGDJ, 4ème éd., 2014.
[4] http://commissionoceanindien.org/a-propos/qui-sommes-nous/ (consulté le 23 avril 2018).

États membres pour mener des actions collectives extérieures d'intégration et de coopération avec le reste du monde.

La LexOI, qui est une association et non une organisation intergouvernementale, a quant à elle un objet plus juridique et un projet tout autant ambitieux, voire très ambitieux. En effet, elle a pour ambition de présenter le droit de l'océan Indien sous toutes ses formes, en partant de l'Afrique australe à l'Australie et des rivages du Pakistan jusqu'aux territoires antarctiques[5].

Le périmètre géographique qu'annonce le sujet de ce mémoire aurait permis d'être aussi ambitieux et d'étudier le testament dans ce vaste océan Indien. Il a cependant été restreint pour des raisons d'ordre matériel et humain. Ainsi, sera étudié le testament dans le droit des États de la zone ouest de l'océan Indien, en partant de sud-ouest avec l'Afrique du Sud pour arriver à l'est avec Maurice, en passant par le Mozambique, les Comores, Madagascar et enfin, finir au nord avec les Seychelles. La France, également présente dans la zone ouest de l'océan Indien grâce à La Réunion, n'a pas été choisie en tant que telle car l'analyse sera faite du point de vue du droit français pour analyser le testament dans le droit des autres États cités.

Ces derniers, pour certains, font partie du continent africain : l'Afrique du Sud et le Mozambique. D'autres sont des îles : Madagascar et Maurice, voire des archipels : les Comores, les Seychelles. Ils peuvent ressembler à première vue à un ensemble hétéroclite d'États, avec des cultures et des langues différentes. Ils ont toutefois en commun les eaux de l'océan Indien et également une histoire : la colonisation et l'indépendance. Ils n'ont toutefois pas tous été colonisés par les mêmes peuples, qui s'y sont parfois succédés. Seuls les derniers colonisateurs seront évoqués ci-après : les Anglais pour l'Afrique du Sud, Maurice et les Seychelles ; les Français pour Madagascar ; les Français, mais avant eux les Arabes, pour les Comores ; les Portugais pour le Mozambique. Cependant, tous ces États ont acquis leur indépendance à l'heure d'aujourd'hui. Par ailleurs, le droit de ces États reflète leur histoire.

Maurice et les Seychelles, en tant qu'anciennes colonies britanniques, pourraient être vues comme des pays de *Common law*. Ils sont cependant des systèmes dits « mixtes », entre le *Civil law* et le *Common law*. Ainsi, ces États ont leur propre Code civil. S'il a été traduit en anglais aux Seychelles, on le trouve en français et en anglais à Maurice.

Le Mozambique, en tant qu'ancienne colonie portugaise, a gardé le Code civil alors adopté par le Portugal en 1966. Il n'a subi aucun amendement depuis.

[5] Présentation de l'association LexOI, https://www.rjoi.fr/index.php?id=6728, (consulté le 23 avril 2018).

Les Comores et Madagascar maintenant, en tant qu'anciennes colonies françaises, auraient pu avoir leur propre Code civil. C'est le cas pour les Comores. Cependant, la loi du 23 septembre 1987 fixant l'organisation judiciaire des Comores ainsi que les principes fondamentaux applicables aux litiges de droit privé a fait du droit musulman la référence exclusive en certains pans du droit civil[6], dont le testament. Le législateur n'a pas non plus voulu l'intégrer dans le Code de la famille de 2005. Ainsi, le testament dans le droit des Comores est régi par le Livre XXIX du *Minhadj,* « Le Guide des Zélés Croyants » en français, et les coutumes comoriennes.

Madagascar n'a pas de Code civil tel qu'on le connaît en France. Ainsi, le testament est régi par la loi nº 68-012 du 4 juillet 1968 relative aux successions, aux testaments et aux donations.

Ces différentes législations régissent la confection du testament, dans sa forme et dans son contenu, ainsi que son exécution, quant à son interprétation et à la caducité de certaines dispositions testamentaires notamment. Mais c'est aussi et surtout la jurisprudence et la doctrine de ces États qui sont les plus à même d'interpréter un testament, une fois qu'il a été ouvert au décès du testateur. Or, l'accès à la jurisprudence et à la doctrine des États choisis n'est pas chose aisée et la documentation trouvée fut trop maigre. Ainsi, l'exécution du testament ne fera pas l'objet d'une étude approfondie, et ne pourra être que parfois simplement évoquée.

Il est intéressant ici de revenir rapidement sur la définition que le droit de ces différents États donne au testament. Dans le Code civil mauricien et seychellois, l'article 895 dispose que « Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer ». Il s'agit de la disposition originelle du Code Napoléon de 1804, traduite en anglais concernant le Code civil des Seychelles[7]. Elle est similaire à la définition française actuelle du testament du Code civil français à quatre mots près. En effet, la loi nº 2006-728 du 23 juin 2006 portant réformes des successions et des libéralités a inséré une alternative en ajoutant « *ou de ses droits* » à « *ses biens* »[8].

---

[6] Comores, LegiGlobe, http://legiglobe.rf2d.org/comores/2013/06/14/, publié le 14 juin 2013 (consulté le 23 avril 2018).

[7] C. civ. sey. art. 895 : "*A will is an act whereby a testator makes a disposition of the whole or part of his property to take effect upon his death, with power to revoke."*

[8] Le droit français a voulu, avec cette précision, ouvrir la possibilité de disposer aussi bien aux biens qu'aux droits dont le testateur était propriétaire de son vivant. Ses droits peuvent être constitués de droits réels – usufruit (*Cass. 1ère civ. - 3 nov. 1988)*, servitude de passage (*Cass. 1ère civ. - 23 mars 1975)*, droit d'usage et d'habitation (*Cass. req. - 11 mars 1931)* – ou de droits personnels –remise de dette, bail ne comportant pas de loyer, cession de créance à titre gratuit [*Les difficultés de qualification sont toutefois fréquentes. Ainsi la Cour de cassation*

Le Code civil du Mozambique en son article 2179 donne la même définition du testament que le Code civil mauricien et seychellois mais rajoute que les dispositions à caractère non patrimoniale que la loi permet d'insérer dans un testament sont valides si elles font partie d'un acte revêtu de la forme testamentaire, même s'il n'y a pas de caractère patrimonial. En effet, ce sera la seule disposition où il sera fait mention expresse des dispositions à caractère extrapatrimonial.

À Madagascar, la loi du 4 juillet 1968 dispose dans son article 26 que « *le testament est un acte personnel de son auteur. Il est la manifestation de sa volonté réelle* », sans autre précision.

En Afrique du Sud, dans le *Wills Act*, la définition du testament se trouve à deux endroits, sans qu'il y soit consacré un article à part entière. Le premier article, consacré à des définitions, définit le testament comme incluant un codicille ou tout autre écrit testamentaire. À l'article 2D relatif à l'interprétation des testaments, en son alinéa 2, un testament est toute sorte d'écrit par lequel une personne dispose de tout ou partie de ses biens après sa mort.

Aux Comores, le livre XXIX du *Minhadj* relatif au testament n'en donne pas de définition à proprement parler.

Les différentes législations évoquées ont été adoptées pour la plupart au milieu du 20ème siècle, même si elles peuvent avoir des origines antérieures[9]. Le testament a, quant à lui, des origines encore plus antérieures.

Il existait déjà en droit romain. Tester était alors un devoir civique[10]. En effet, pour les romains, la mort était la continuation de la vie, qui requérait les mêmes soins et c'était aux héritiers de s'en charger en les procurant au défunt par des prières, des offrandes et une digne sépulture. La mort était également crainte. En effet, à défaut de tels services, le défunt négligé serait en souffrance et pourraient jeter des maléfices sur les vivants[11].

Cette vision évoluera lorsqu'au IIème siècle avant Jésus-Christ, la philosophie grecque pénètrera la société romaine. Le testament est alors présenté

---

a considéré : en 1984, que la mise à disposition gratuite d'un immeuble par des parents au profit de leurs enfants ne constituait pas une donation (Cass. 1ère civ. - 3 nov. 1984) ; en 1997, que l'avantage résultant de ce que certains enfants du défunt avaient été logés gratuitement pendant une longue période s'apparentait à une donation de revenus, à ce titre rapportable à la succession (Cass. 1ère civ. - 14 janv. 1997)].

[9] Le *Minhadj* notamment, qui a été consacré comme faisant partie du droit positif des Comores au côté des coutumes comoriennes, par un décret du 1er juin 1939, est attribué à l'imam Nawawî et date du XIIème siècle.

[10] C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Paris, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 26.

[11] *Ibid.*, p. 20.

comme une survie de l'âme du défunt et comme une victoire de la volonté sur la mort[12]. Le formalisme testamentaire est simplifié et les juges vont interpréter de façon bienveillante les testaments pour qu'ils produisent leurs effets[13]. Des limites sont tout de même apportées pour éviter les abus du testateur envers sa famille. Une part des biens est notamment attribuée aux proches parents du défunt.

Sous l'influence du christianisme, le testament prendra une dimension plus spirituelle. Les Chrétiens utilisent d'ailleurs le vocable « testament » quand ils désignent la Bible : l'Ancien Testament et le Nouveau Testament[14].

Justinien, fervent chrétien et Empereur romain d'Orient, perfectionnera l'institution testamentaire au VI[ème] siècle en rénovant et précisant les règles de forme et de fond du testament. Il réforme notamment l'exhérédation en imposant une liste pour éviter les abus[15].

C'est au Moyen-Âge que le testament se convertit en un acte purement chrétien[16]. Le Chrétien ne craint pas la mort corporelle car il sait que c'est le début de la vie éternelle. En revanche, il craint la mort de l'âme, la damnation éternelle causée par le péché. Le testament sera alors utilisé comme un moyen de salut personnel en réparant ses torts par des legs faits aux institutions religieuses et au pauvres.

Cette dimension est encore présente à l'époque moderne pour certains testateurs rongés par le remord. Elle tend toutefois à disparaître au profit d'une dimension plus égoïste. Le testament est en effet perçu par la doctrine contemporaine comme « l'exaltation de l'individu au-delà de la mort »[17]. Aujourd'hui, tester n'est plus conçu comme un devoir. Tester est devenu un droit, une liberté individuelle. Toute personne n'est cependant pas libre de tester. Ainsi, dans toutes les législations des États étudiés, des conditions de droit commun apparaissent : le testateur devra être sain d'esprit, capable[18] et ne pas voir sa

[12] *Ibid.*, p. 21.
[13] Également appelé la *favor testamenti.*
[14] Les premiers théologiens chrétiens, notamment Tertullien qui traduira la Bible du grec vers le latin, préfèreront le terme « Testament » à celui d'« Alliance » pour désigner l'Écriture sainte. Le premier terme est en effet plus favorable que le second à l'idée d'unilatéralité du don fait par Dieu à l'humanité.
[15] C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 22.
[16] *Ibid.*, p. 23.
[17] *Ibid.*, p 26.
[18] V. not. *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 259 pour les Comores ; C. civ. mru. et C. civ. sey. art. 901 à 904 pour Maurice et les Seychelles ; C. civ. moz. art. 2188 à 2190 pour le Mozambique ; Loi du 4 juillet 1968, art. 25 pour Madagascar ; *Wills Act* de 1953, art. 4 pour l'Afrique du Sud.

volonté viciée[19]. Ces conditions étant cependant communes à tous les actes juridiques, qu'ils soient synallagmatiques ou unilatéraux, elles ne seront pas développées dans la présente étude comparative. Ne sera pas non plus développée pour la même raison la capacité de recevoir par testament.

Ce droit de tester n'est cependant que très peu utilisé de nos jours. En effet, en France, seule une personne sur dix aurait rédigé un testament[20]. Un site internet a été mis en place pour tenter de porter ce chiffre à la hausse[21]. Aux Comores, il est également fait peu usage du testament[22]. À Madagascar, le recours au testament à a été encouragé suite aux prescriptions du Roi ANDRIANAMPOINIMERINA, premier souverain du centre de la Grande Île à la fin du XIXème siècle, qui disposaient que les roturiers qui décédaient sans descendance passaient leur patrimoine à l'État[23]. Ce système n'était pas applicable aux nobles. Les justiciables ont cependant trouvé un moyen de le contourner en utilisant notamment le testament.

Dans la plupart des États étudiés, une croyance est toutefois partagée : il serait de mauvais augure de rédiger un testament car ce serait une manière d'inviter la mort, bien que ce soit la seule certitude – angoissante pour certain – de la vie humaine.

Le testament, outre le fait qu'il soit un moyen pour le *de cujus* de prolonger sa vie, ou plutôt son emprise sur les vivants, est aussi un moyen d'anticiper l'apparition de problèmes – voire de les régler – dans bien des familles. Combien de dossiers de successions sont laissés en suspens dans les études notariales à cause de biens immobiliers d'un *de cujus* qu'une famille se déchire ou s'en désintéresse. Un testament aurait permis de régler le partage de ces biens, sauf à considérer – par des héritiers déçus souvent – que son interprétation n'est pas claire. Ce dernier point ne sera cependant pas traité. Mais pour régler ce problème d'interprétation en amont, des conditions de forme et de fonds devront être respectées. Celles-ci, comme déjà évoquées, sont régies par le droit des États.

---

[19] V. not. C. civ. moz. art. 2200 à 2202 pour le Mozambique ; Loi du 4 juillet 1968, art. 26 et 27 pour Madagascar.

[20] Lucile PERLEMUTER, En France, 9 successions sur 10 se font sans testament, https://www.bforbank.com/epargne/famille/actualites/faire-mon-testament-en-ligne.html, publié le 12 janvier 2015 (consulté le 23 avril 2018).

[21] https://testamento.fr/fr/ (consulté le 23 avril 2018).

[22] Paul GUY, *Études de droit musulman comorien, Les successions*, 1980, p. 39 et s.

[23] R. P. CALLET par G. S. CHAPUS et E. RATSIMBA, « *Histoire des Rois, traduction du tantanran'ny Andriana* », Tome 1, Académie malgache, 1953, n°329, p. 606 : « *Si vous mourrez sans avoir eu d'enfants ni en avoir adopté, puisque vos biens appartiennent à des propriétaires sans enfants, c'est moi, le Maître, qui suis le maître de vos biens.* »

Il conviendra alors de se demander comment le droit des États de la zone ouest de l'océan Indien a appréhendé la confection du testament.

L'étude fait ainsi ressortir que les formes du testament oscillent entre pluralité et singularité (I) et que le contenu du testament oscille, quant à lui, entre restrictions et libertés (II).

I. – Les formes du testament : entre pluralité et singularité

En France, le testament peut être fait sous plusieurs formes. Ainsi, l'article 969 du Code civil français dispose qu'il pourra être olographe, fait par acte public ou dans la forme mystique. Ces formes classiques, d'un point de vue juridique français, apparaissent de façon pérenne dans le droit de la plupart des États de l'océan Indien étudiés dans ce mémoire (A). Des nuances apparaissent toutefois. Les recherches, toujours du point de vue juridique français, ont cependant révélé d'autres formes qui sont plus singulières (B).

A. – La pérennité des formes classiques

À Maurice comme aux Seychelles, on retrouve le même article 969 du Code civil français dans leurs Codes civils respectifs. À Madagascar, l'article 30 de la loi du 4 juillet 1968 reprend ces mêmes formes de testament, avec la nuance que le testament mystique est appelé « testament secret ». Le testament peut donc être fait sous la forme olographe (1), mystique (2) et par acte public (3).

Ses formes sont pérennes dans le droit des États où elles existent. En revanche, en Afrique du Sud, au Mozambique et aux Comores, certaines de ses formes classiques n'existent pas. Il y a toutefois des formes particulières. Ces dernières seront étudiées au point suivant.

1 – Le testament olographe

Le testament olographe pourrait sembler à première vue être le plus courant, voire le plus évident, d'un point de vue français. On le retrouve dans les droits mauricien, seychellois, malgache et sud-africain. Il n'est toutefois pas présent ni au Mozambique, ni aux Comores. Si cela peut se comprendre pour les Comores, en ce que les règles relatives au testament apparaissent dans le *Minhadj*, qui a été écrit au II^{ème} siècle dans un temps où l'écrit n'avait qu'une place très marginale, cela peut sembler plus surprenant pour le Mozambique, qui applique le Code civil portugais alors en vigueur en 1966. En effet, l'article 2205 du Code civil du

Mozambique dispose que les formes communes du testament sont le testament public et le testament « *fermé* ». Si ce dernier peut être écrit par le testateur, son formalisme, qui sera étudié dans un paragraphe ultérieur, ne ressemble en rien au testament olographe.

Dans tous les États comparés où cette forme de testament est présente, les mêmes conditions que celles de l'article 970 du Code civil français doivent être remplies : être écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, sans aucune autre condition de forme. D'ailleurs, les Codes civils mauricien et seychellois ont gardé la même numérotation et les mêmes mots que le Code civil français. Cela sera d'ailleurs souvent, voire tout le temps, le cas. Une traduction anglaise a simplement été faite pour le Code civil seychellois.

Concernant le droit malgache, l'article 31 de la loi du 4 juillet 1968 précise en son alinéa 2 que les interlignes, les ratures, les surcharges, les apostilles et les renvois, à moins qu'ils ne rectifient une erreur évidente de rédaction ou qu'ils ne rendent une disposition plus claire, devront être approuvés pour être valables. Si cette précision peut être saluée, force est de constater que la manière dont ils devront être approuvés n'est quant à elle pas précisée. Il peut cependant être supposé que les héritiers pourront le faire d'un commun accord, ou le juge le cas échéant interviendra. L'article 32 de la même loi prévoit la possibilité, sans que ce soit donc une condition de forme à proprement parler, « *de déposer le testament olographe entre les mains d'un tiers, d'un notaire, ou plus largement d'un officier public authentificateur* ». En France, comme à Maurice ou aux Seychelles, cette possibilité existe mais n'est pas formalisée par les textes. Le testateur peut charger un tiers de conserver son testament. Le tiers devra cependant le remettre au Notaire chargé de la succession au décès du testateur. Aucune condition de délai n'est non plus évoquée. En revanche l'article 39 de cette loi dispose que les formalités prescrites à cet article sont à respecter sous peine de nullité.

Le testament ne sera cependant jamais découvert si le tiers tarde à le faire ou ne le fait pas et si personne d'autre ne connaissait l'existence d'un tel testament. Ce tiers ne pourra donc pas *a fortiori* sanctionné et les dernières volontés du *de cujus* ne seront alors jamais exaucées. Pour apporter plus d'efficacité au testament, une deuxième forme pérenne de testament existe dans le droit des États étudiés : le testament mystique.

2 – Le testament mystique

Le testament mystique, ou encore appelé testament secret, dans les grandes lignes, est celui par lequel le testateur remet son testament au notaire, mais ce dernier n'en connaît pas le contenu.

Le droit des différents États qui acceptent cette forme de testament est sensiblement similaire quant à sa définition et à sa confection. Il est entouré d'une grande solennité.

Une nouvelle fois, les Codes civils mauricien et seychellois reprennent la numérotation du Code civil français originel : articles 976 à 980. Si dans leur essence, les dispositions présentent des similitudes, des différences apparaissent cependant quant à la formulation des articles et quant au formalisme. Concernant la formulation, l'article 976 du Code civil mauricien dispose :

> « *Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. Le testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire, et à six témoins au moins, ou il le fera clore et sceller en leur présence ; et il déclarera que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui : le notaire en dressera un acte de souscription, qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe ; cet acte sera signé tant par le testateur que le notaire, ensemble par les témoins. Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes ; et en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne puisse signer l'acte de souscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins.* »

Une coquille orthographique s'est cependant glissée dans le Code civil mauricien à propos de l'acte de suscription, qui est l'acte par lequel le notaire constate par écrit être dépositaire d'un testament. On la retrouve dans tous les articles relatifs au testament mystique. En effet, dans le Code civil mauricien, le notaire dresse un « acte de souscription ». Or, un acte de souscription est celui par lequel on « souscrit » à un contrat par exemple. Le vocable « souscription » n'est donc pas approprié ici[24].

Par exemple, là où en France deux témoins et un notaire suffisent pour la présentation au notaire du testament clos et scellé, en droit mauricien, il faudra le présenter pareillement au notaire, mais en présence d'un nombre beaucoup plus important de témoins, qui est de six. L'article 980 du Code civil prévoit qu'ils doivent être majeurs, mauriciens et jouissant des droits civils. Il n'est pas précisé, comme c'est le cas dans l'article 980 du Code civil français tel qu'issu de la loi

[24] Un entretien téléphonique avec Mademoiselle BISOONAITH, de l'étude de Maitre Jérôme KOENIG à Maurice, a permis de confirmer le fait que le Code civil mauricien comportait cette erreur. En effet, elle s'était aussi faite cette réflexion durant ses études de droit.

du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, que les témoins devront comprendre la langue française ou que mari et femme ne pourront être témoins dans le même acte. Puisque le droit mauricien ne l'interdit pas expressément, un couple marié pourrait être autorisé à signer, dans ce cas, le même acte. Vu le nombre important de témoins, cela a pour effet d'apporter une souplesse au formalisme. Mais si dans ces six témoins, deux – voire plus – est un couple marié, comment assurer le libre consentement à la signature des époux ? Le nombre plus important de témoins n'est donc pas synonyme dans tous les cas de plus de sécurité juridique.

Par ailleurs, comme en France, et avec la même numérotation, l'article 978 dispose que ceux qui ne savent ou ne peuvent pas lire ne pourront pas faire de testament mystique. L'article 979 du Code civil mauricien prévoit que le testateur qui ne peut pas parler mais qui peut écrire, pourra faire un testament mystique à condition qu'il l'écrive, le date, le signe de sa main, le présente aux notaires et aux témoins et qu'en haut de l'acte de suscription, il écrive que le papier qu'il présente est son testament. Les conditions de l'article 976 devront également être respectées. À la différence de l'article 976 du Code civil français *in fine,* il n'est pas précisé la possibilité de sauver le testament mystique par un testament olographe. Cela peut expliquer qu'il soit très peu utilisé à Maurice[25].

Aux Seychelles, les numéros d'articles – 976 à 980 – dans le Code civil seychellois correspondent également aux numéros des Codes civils français et mauricien, mais c'est l'adjectif « secret » qui sera utilisé pour traduire le testament mystique. Le formalisme du testament mystique sera également similaire. Si le testateur ne peut pas, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, signer l'acte de suscription, il doit en être fait mention et la raison qu'il a donnée également. D'autre part, il est impossible pour les personnes qui ne peuvent ou ne savent pas lire, de faire un testament en cette forme (C. civ. sey. art. 978). Toutefois, si elles peuvent écrire (C. civ. sey. art. 979), comme en droit français et mauricien, elles ont la possibilité de faire un testament secret sous les mêmes conditions. L'article 979 al. 2 du Code civil seychellois, comme le Code civil français, consacre également la possibilité de sauver un testament secret nul par un testament olographe si ses conditions ont été respectées. Et comme en droit français également, et contrairement au droit mauricien qui n'en fait pas mention, époux et épouse ne pourront pas être témoins d'un même testament (C. civ. sey. art. 980).

À Madagascar, le testament secret est régi par les articles 33 à 37 de la loi du 4 juillet 1968. L'adjectif « secret » a été également choisi ici plutôt que l'adjectif « mystique ». Il obéit cependant aux mêmes règles que le testament

[25] Propos recueillis lors d'un entretien téléphonique auprès de l'office notarial de Maitre Jérôme KOENIG, notaire à Port-Louis, Maurice, le 8 juin 2017.

mystique français, à savoir qu'il doit être signé par le testateur et être présenté à un notaire, ensemble deux témoins. Ces derniers sont de préférence membres de la famille du testateur, mais ce n'est pas une obligation. Cela peut toutefois sembler curieux pour le juriste français. Le notaire peut être remplacé par un officier public authentificateur. Par ailleurs, ce qui peut encore plus surprendre le juriste français, peuvent être témoins d'un testament authentique, les parents ou alliés des parties à un acte de disposition à cause de mort (loi du 4 juillet 1968, art. 40).

Au Mozambique, le testament mystique correspond au « *testamento cerrado »,* soit « *testament fermé* » en portugais. Et l'idée du testament remis au notaire dans une enveloppe close et scellée se retrouve bien dans l'adjectif « *fermé* ». Cette forme est régie par les articles 2206 à 2009 du Code civil mozambicain. Les mêmes conditions formelles vues plus haut dans les autres droits s'appliquent. Cependant, l'alinéa 2 de l'article 2206 du Code cité admet l'absence de sa signature uniquement quand il s'agit d'une personne qui ne sache pas ou ne puisse pas le faire, sous certaines conditions. Il faudra alors mentionner dans l'acte qui enregistre le testament « *fermé* » la raison pour laquelle cette personne n'a pas signé. Tout cela devra s'appliquer, sous peine de nullité du testament (C. civ. moz. art. 2206). L'article 2209 du même Code dispose que le testateur peut conserver le testament « *fermé* » en sa possession, le remettre entre les mains d'un tiers ou le déposer auprès d'un office notarial. La personne qui en a la possession est toutefois tenue de le présenter à un notaire de la zone dans laquelle se trouve le document, dans les trois jours après la connaissance du décès du testateur. Le cas échéant, elle sera responsable des préjudices causés.

En Afrique du Sud, le *Wills Act 7* de 1953 ne fait pas mention d'une telle forme de testament. Son cas particulier fera l'objet d'un prochain développement.

Aux Comores, si cette forme de testament n'existe pas dans les textes, elle pourrait cependant trouver à s'appliquer. En effet, Paul Guy, ancien président du Tribunal supérieur d'appel de Moroni, évoque la possibilité d'un testament mystique ou notarié. En effet, en 1980, il publie une présentation du droit musulman comorien[26] dans laquelle il relève qu'un testament peut être notarié ou mystique par une intervention accidentelle de notaires français sur la demande expresse d'un musulman qui désire gratifier son épouse.

Si le testament mystique offre une plus grande sécurité quant à sa découverte, il souffre cependant d'un handicap. En effet, dans son contenu, rien n'assure au testateur que son testament soit conforme aux règles d'ordre public successorales et qu'il puisse *in fine* porter ses effets juridiques.

[26] Paul GUY, *Études de droit musulman comorien, Les successions,* 1980, p. 30 et s.

Pour assurer cette efficacité, le testament par acte public sera préféré.

3 – Le testament par acte public

Le testament par acte public est appelé ainsi car c'est un officier public qui le recevra et qui assistera sa rédaction. À la différence du testament mystique, l'officier public en connaîtra le contenu et sera plus à même de conseiller le testateur sur ce qu'il a le droit ou pas d'écrire. Il est aussi appelé « testament authentique » car il répond à la définition de l'acte authentique[27]. Cet adjectif a d'ailleurs été choisi dans le Code civil seychellois : « *authentic will* ».

Régi par les articles 971 à 975 du Code civil français, ce sont une nouvelle fois les mêmes numéros d'articles des Codes civil mauricien et seychellois qui s'appliquent pour le testament par acte public dans ces États. Toutefois, ce ne sont pas toujours les mêmes dispositions qui s'appliquent.

Ainsi, à Maurice, comme en France, le testament par acte public est reçu par deux notaires ou par un notaire en présence de deux témoins (C. civ. mru.[28] art. 971). Les règles diffèrent cependant dans les articles suivants, même si dans les grandes lignes, elles restent semblables. Le testateur dicte son testament au notaire (C. civ. mru. art. 972) et le signe (C. civ. mru art. 973). Les témoins aussi doivent le signer (C. civ. mru. art. 974). Ne peuvent toutefois être témoins les légataires, leurs parents jusqu'au quatrième degré inclus ou les clercs de notaires qui ont reçu l'acte (C. civ. mru. art. 975). Une particularité pour le droit mauricien se trouve *in fine* de l'article 974 relatif à la signature des témoins : dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signent. Aucune définition n'est donnée au vocable « *campagne* ».

Aux Seychelles, les règles sont également similaires, la seule différence notable est qu'un seul notaire peut recevoir le testament authentique (C. civ. sey. art. 971). La présence d'un second notaire ou de deux témoins capables de signer leurs noms sera requise uniquement si le testateur n'est pas capable de signer. Cette règle ressemble à la règle de l'article 971 du Code civil français, tel qu'issu de la loi nº 2015-77 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

À Madagascar, un seul article de la loi du 4 juillet 1968 concerne à proprement parler le testament par acte public. Il doit également être dressé par notaire, mais le droit malgache apporte ici encore une alternative. Il pourra être

[27] V. not. c. civ. fr. art. 1317 al. 1.

[28] L'abréviation « mru » a été retenue pour « Maurice » en référence au Code IATA (de l'association internationale de transport aérien – *International Air Transport Association*), qui est utilisé dans l'aéronautique international pour identifier les aéroports.

dressé par un officier public authentificateur. Dans tous les cas, l'officier public sera assisté de deux témoins (loi du 4 juillet 1968, art. 38). L'article 39 de cette loi, déjà cité, dispose que ses conditions de formes sont prescrites à peine de nullité. Aucune précision supplémentaire n'est toutefois apportée.

Au Mozambique également, un seul article également est consacré au testament par acte public. L'article 2205 du Code civil mozambicain dispose qu'est « *public, le testament écrit par un notaire dans son livre de notes* ». Aucune autre formalité n'est cependant non plus requise selon le Code civil mozambicain pour ce testament authentique.

La formalité de ce testament au Mozambique et à Madagascar serait donc susceptible de différer d'un notaire à un autre.

Dans les grandes lignes, le testament par acte public français trouve son sosie dans le droit des autres États de l'océan Indien étudiés. Aucun de ces droits n'a cependant introduit les possibilités que le droit français a introduites en 2005, par la loi nº 2015-77 du 16 février 2015 susmentionnée. En effet, par cette loi, la possibilité de tester sous la forme authentique a été ouverte aux étrangers qui ne parleraient pas le français ou les analphabètes ou les malentendants (C. civ. fr. art. 972 al. 4 à 6). Cette loi n'a cependant pas prévu la possibilité pour un testateur qui ne saurait – ou ne pourrait plus – voir et qui ne saurait ni parler ni écrire en langue française, ni entendre, de tester sous la forme authentique.

Il lui sera cependant possible de tester sous une autre forme que celle autorisée par son droit national par exemple ou encore par le jeu des multiples renvois de la Convention de Washington du 26 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international ou de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de loi en matière de forme des dispositions testamentaires.

Les testaments olographe, mystique ou authentique sont trois formes admises de façon pérenne en France depuis l'adoption du Code civil en 1804, et dans les autres États de l'océan Indien comparés. Cela s'explique par le fait qu'ils ont un Code civil qui a pour frère aîné le Code civil napoléonien. Une quatrième forme, non codifiée, a cependant vu le jour en France récemment avec la Convention de Washington de 1973 citée ci-dessus. Dans l'étude du droit des États de l'océan Indien, d'autres formes singulières peuvent être également découvertes.

B. – La découverte de formes singulières

Des formes particulières internes (1) de testaments ont été codifiées ou adoptées par un État dans sa législation, et qui se retrouvent même en France,

mais qui, dans la législation qui les régit, font l'objet d'un chapitre particulier consacré à ces formes particulières.

Une autre forme particulière est le testament international (2), qui sera pris sous l'angle de la Convention de Washington de 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international et sous l'angle du testament fait à l'étranger, qui lui, a été codifié par le droit de certains États de l'océan Indien.

Enfin, certaines formes de testament peuvent être qualifiées de singulières par le fait qu'elles ne soient pas du tout admises en droit positif français (3).

1 – Des formes particulières internes

Tout d'abord, il y a le testament sud-africain (a) dont les conditions de forme sont posées dans le *Wills Act 7* de 1953. S'il peut présenter des similitudes avec certaines formes de testament déjà étudiées, il constitue une forme à part entière car il ne fait pas l'objet d'une qualification (olographe, authentique, mystique, etc.) propre. Il n'est pas à proprement parler « codifié » car il n'y a de Code en Afrique du Sud, étant un État de *Common law*.

Le testament privilégié (b) ensuite, présent au Mozambique et aux Seychelles, est également une forme singulière, en ce que même dans le droit de ces pays, il est qualifié comme telle. On le retrouve également en droit français dans le point relatif aux règles particulières sur la forme de certains testaments.

a – Le testament sud-africain

L'absence des formes authentique et mystique en Afrique du Sud peut se comprendre car il n'y a pas de notaire dans les pays de *Common law*, tel qu'il est connu en France. Il a cependant une caractéristique qui est commune avec les formes déjà étudiées : il doit être fait par écrit.

La forme du testament est régie par le *Wills Act*[29], entré en vigueur le 1er janvier 1954, qui est d'ailleurs similaire à la législation anglaise correspondante.

Pour être valide, dans les grandes lignes, tel que l'article 2 du *Wills Act* le prévoit, le testateur ou le rédacteur du testament le cas échéant, et au moins deux témoins doivent signer le testament ou sa modification. Ce testament ou sa modification doivent être certifiés par un « commissaire aux serments » dans le cas où le testateur les aurait signés avec une simple marque ou s'ils ont été signés par une personne, ce qui est possible selon le *Wills Act.*

[29] *7 of 1953*, modifié par les lois suivantes : *Wills Amendment Act 48 of 1958, General Law Amendment Act 80 of 1964, Wills amendment Act 41 of 1965, Law of succession Amendment Act 43 of 1992, General Law Amendment Act 49 of 1996.*

Ces formalités ont, comme tous les droits des États comparés jusqu'ici, également pour but de sécuriser la validité des dernières volontés du testateur.

Une autre forme de testament particulière qui est codifiée dans le droit de certains États de l'océan Indien est le testament privilégié.

b – Le testament privilégié

En droit français, le testament privilégié est un testament fait par certaines personnes (les militaires (C. civ. fr. art. 981 à 984), les victimes d'épidémie et les insulaires (C. civ. fr. art. 985 à 987) ; les navigants (C. civ. fr. art. 988 à 996)) dans des circonstances exceptionnelles telles que décrites aux articles 981 et 1001 du Code civil de 1804. Ces personnes ont le privilège de pouvoir recourir à l'équivalent d'un testament par acte public simplifié. Il n'est cependant que très peu usité car la personne concernée peut, plus simplement, recourir au testament olographe.

Dans les grandes lignes, la présence d'un officier public n'est pas requise dans ces circonstances particulières. C'est alors la présence d'une personne sous l'autorité de laquelle se trouve le testateur (commissaire des armées, médecin militaire, etc.) qui est requise. Il doit être fait un double du testament, mais si la santé du testateur le requiert, cette formalité ne sera pas obligatoire. Enfin, sa validité n'est que temporaire, six mois en général.

Même si la loi nº2006-728 du 23 juin 2006 est venue moderniser quelque peu cette forme de testament en supprimant quelques mentions archaïques, telles que la peste notamment (C. civ. fr., anc. art. 985), la dimension archaïque n'a pas totalement disparu au vu des dispositions actuelles. Le Code civil mauricien, de forte inspiration napoléonienne, ne les ont sûrement pas repris pour cette raison. Il a toutefois récemment encore retenu l'attention du législateur. En effet, la loi nº 2015-777 du 16 février 2015 a étendu les provisions de l'article 986 du Code civil à l'ensemble des îles du territoire français (auparavant, seules les îles du territoire métropolitain ou d'un département d'outre-mer étaient visées).

Cette forme de testament existe dans le droit de deux États de l'océan Indien qui font l'objet du présent paragraphe : le droit du Mozambique et le droit des Seychelles.

Le Code civil seychellois, reprend dans la quasi-totalité et traduit les articles 981 à 1001 du Code civil français. Ce sont donc les mêmes règles que celles qui ont été vues antérieurement, qui s'appliquent. Quelques-unes ont cependant été adaptées aux Seychelles, notamment celle de l'article 986 qui dispose que les testaments faits sur une île, sans distinction ici, sur laquelle il n'y a pas de notaire, pourront être reçus par une autorité gouvernementale.

Au Mozambique, Le Code civil régit cette forme particulière de testament aux articles 2210 à 2222. On retrouve ainsi le testament des militaires (C. civ. moz. art. 2210 à 2213), fait à bord d'un navire (C. civ. moz. art. 2214 à 2218), fait à bord d'un aéronef (C. civ. moz. art. 2219), fait lors de catastrophes naturelles (épidémie, etc.) (C. civ. moz. art. 2220). Par ailleurs, contrairement aux droits antérieurement étudiés, les militaires peuvent faire soit un testament public, soit un testament « *fermé* » ou mystique. Dans le droit mozambicain, ce testament privilégié sera nul deux mois, et non pas six comme il a été vu pour le droit des autres États étudiés, après la cessation de la cause qui empêchait le testateur de tester selon les formes communes.

Après avoir étudié ci-dessus les formes singulières de testament codifiées, vont être présentées ci-après des formes singulières de testament, codifiée pour l'une d'entre elles, mais qui peuvent se justifier par leur dimension internationale.

2 – Le testament international

En droit français, le testament international fait référence au testament régi par la Convention de Washington du 26 octobre 1973 (a) portant loi uniforme sur la forme d'un testament international, déjà citée. Il n'est cependant pas codifié en droit français, ni dans aucun autre droit des États de l'océan Indien étudiés, dont aucun n'a d'ailleurs adhéré à la Convention. Toutefois, il est possible par un mécanisme de renvoi qu'elle trouve à s'appliquer.

Aussi, pour Maurice et le Mozambique plus spécialement, une forme de testament international est, quant à elle, codifiée. Il s'agit du testament rédigé à l'étranger (b).

a – La Convention de Washington de 1973

Dans son préambule, la Convention de Washington de 1973 stipule que les États signataires désirent « *assurer dans une plus large mesure le respect des actes de dernière volonté par l'établissement d'une forme supplémentaire de testament appelée désormais "testament international" dont l'emploi réduirait la nécessité de la recherche de la loi applicable* ». Cette Convention poursuit donc l'objectif que les actes de dernière volonté puissent porter leurs effets.

Elle a été conclue sous l'égide d'Unidroit[30] et a été signée par la France en 1974 et est entrée en vigueur en 1994[31]. Elle y a ainsi introduit une quatrième forme de testament. Comme cela a déjà été évoqué, aucun État de l'océan Indien

[30] Institut international pour l'unification du droit privé.

[31] États signataires de la Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international, http://www.unidroit.org/fr/etat-successions (mis à jour le 20 août 2015) (consulté le 23 avril 2018).

n'en est signataire. Toutefois, elle trouve à s'appliquer en Afrique du Sud et à Maurice, voire dans tous les autres États de l'océan Indien.

En effet, l'Afrique du Sud et Maurice sont signataires de la Convention de la Haye du 26 octobre 1961 sur les conflits de loi en matière de forme de disposition testamentaire. Elle est entrée en vigueur en Afrique du Sud en 1970[32] et à Maurice en 1968[33].

L'article 1er de cette Convention soumet la validité formelle des dispositions testamentaires à des critères alternatifs qui ont pour objet de favoriser la validité et l'efficacité internationale du testament. Il suffira donc qu'un de ces critères, notamment qu'un ordre juridique auquel la Convention soumet la validité formelle des dispositions testamentaires[34], soit rempli pour que le testament international soit valide formellement.

De plus, cette Convention a une vocation universelle. En effet, son article 6 ne soumet pas son application à des conditions de réciprocité. Même si la nationalité des intéressés ou la loi applicable en vertu des dispositions de la Convention n'est pas celle d'un État contractant, cette Convention sera applicable. Elle pourra donc s'appliquer aux Comores, à Madagascar, au Mozambique et aux Seychelles. Ainsi, par un jeu subtil de renvoi vers différents droits que l'on retrouve dans la Convention de La Haye de 1961, un testament international, rédigé selon les canons de la Convention de Washington de 1973, dans les États cités précédemment – bien qu'ils ne soient signataires ni de la Convention de La Haye de 1961 – ni de la Convention de Washington de 1973 – a toutes ses chances d'être validé formellement s'il respecte les conditions – souples – de la Convention.

Cela à une majorité de personnes d'avoir recours à cette forme de testament. Ainsi, comme il a déjà été remarqué, un aveugle qui ne saurait ni lire, ni écrire, ni entendre et qui ne parlerait pas français pourrait légalement rédiger un testament international. Ce dernier est également une solution pour sauver un testament

[32] États contractants à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 : https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=40 (mis à jour le 15 août 2017) (consulté le 23 avril 2018).
[33] Entrée en vigueur à Maurice de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 : https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=303&disp=eif, (consulté le 23 avril 2018).
[34] Jean-Louis VAN BOXSTAEL, *Le testament international*, rev. Notamus, Département juridique de la Fédération royage du notariat belge, Vol. 2015, no. 2, 2016, p. 26-31.

authentique irrégulier[35]. Enfin, le rapport explicatif de cette convention[36] relève, que les successions testamentaires sont réglées de manière très variée dans les différents droits par des règles et des pratiques qui sont souvent très ancrées dans les traditions. Cette diversité est cependant remise en cause face à la multiplication de la circulation des personnes et des biens sur le territoire international, qui a pour effet une convergence des différents droits, bien qu'il sera impossible d'arriver à une convergence parfaite. C'est notamment ce que tente de faire la Convention de Washington de 1973 en créant le testament international.

Si le principe du respect de la volonté du testateur, la *favor testamenti* du droit romain, pouvait ainsi parfois être mis en échec, pour une simple raison de forme par exemple, ce testament international, par sa simplicité, est alors une façon d'y apporter un respect plus efficace.

Il faut remarquer cependant que sa dénomination peut être trompeuse. En effet, aucune de ses conditions d'application ou de validité n'exigent un élément d'extranéité. Et comme cela a déjà été évoqué, il peut servir à sauver un testament authentique invalide selon le droit interne. Dans ce cas, ce testament, bien que valide en tant que testament international au sens de la Convention de Washington, ne sera international que par son nom.

Une autre forme de testament international existe de façon plus évidente dans le droit de certains États de l'océan Indien : le testament fait à l'étranger. Ici, il a été codifié dans le droit des États étudiés et un élément d'extranéité sera exigé. Il portera donc bien son qualificatif.

b – Le testament fait à l'étranger

Le testament fait à l'étranger n'est pas régi par la Convention de Washington. On le retrouve dans le droit mauricien et mozambicain.

Dans le droit mauricien, il est régi par les articles 999 à 1001. Ainsi, un mauricien qui se trouve à l'étranger, peut faire un testament olographe ou authentique dans les formes du lieu où il se trouve. Dans ce cas, ces testaments ne pourront pas avoir d'effet sur les biens situés à Maurice que s'ils ont été enregistrés au domicile du testateur, ou de son dernier domicile connu à Maurice

[35] V. not. Cass. 1ère civ. 12 juin 2014 nº 13-18.383 : « *Mais attendu que l'annulation d'un testament authentique pour non-respect des dispositions des art. 971 à 975 c. civ. ne fait pas obstacle à la validité de l'acte en tant que testament international dès lors que les formalités prescrites par la Convention de Washington du 26 oct. 1973 ont été accomplies ; qu'ayant constaté que toutes les conditions prévues par la loi uniforme sur la forme d'un testament international avaient été remplies à l'occasion de l'établissement du testament reçu le 11 janv. 2006, la cour d'appel en a justement déduit que cet acte, déclaré nul en tant que testament authentique, était valable en tant que testament international ; que le moyen n'est pas fondé* ».
[36] Disponible sur http://www.unidroit.org/fr/explicatif-successions, (consulté le 23 avril 2018).

ou au lieu de la situation de l'immeuble, si le testament contient des dispositions d'immeuble. Ces formalités devront être respectées sous peine de nullité.

Dans le droit mozambicain, un seul article y est consacré. Ainsi, l'article 2223 du Code civil du Mozambique dispose que le testament fait par un citoyen portugais[37] – mozambicain – à l'étranger qui respecte les conditions prescrites par la loi étrangère compétente ne produira ses effets au Portugal[38] – au Mozambique en l'espèce – que s'il a été fait sous une forme solennelle dans sa confection ou dans son approbation.

Les autres droits n'ont pas envisagé un tel testament. Ce n'est cependant plus nécessaire avec l'existence du testament international de la Convention de Washington de 1973, qui est particulièrement adaptée aux relations internationales. Il a été vu que ce dernier est une forme de testament bien singulière dans la façon – quelque peu alambiquée – par laquelle il trouve à s'appliquer.

Une autre forme de testament peut être également tout aussi compliquée à appliquer, mais cela résultera plutôt des circonstances dans lesquelles il aura été rédigé.

Vont être vues maintenant des formes de testament encore plus singulières du point de vue du droit français. En effet, ce dernier interdit certaines formes, le testament oral et le testament conjonctif pour l'essentiel. Ces derniers sont toutefois admis dans certains États de l'océan Indien, jusqu'à même, pour le testament oral, en constituer la forme commune.

3 – L'admission de formes testamentaires interdites en droit français

Dans le rapport explicatif de la Convention de Washington de 1973[39], Jean-Pierre PLANTARD écrivait que « *les successions testamentaires sont réglées de manière très variée dans les différents droits par des règles et des pratiques qui sont souvent très ancrées dans les traditions* ». Les formes, que sont le testament oral (a) et le testament conjonctif (b), reflètent bien les traditions propres à chacun des États de l'océan Indien comparés. Elles sont cependant interdites en France.

[37] Il ne faut pas oublier que c'est le Code civil portugais de 1966 qui est en vigueur actuellement au Mozambique.
[38] *Idem.*
[39] *Cf. supra*

a – Le testament oral

Il résulte de l'étude des droits mauricien, seychellois, mozambicain et sud-africain que le testament oral n'est pas admis dans ces États.

Pour le droit mozambicain, un doute subsiste toutefois. En effet, concernant le contenu du testament, le Code civil mozambicain dispose sera nul le testament dans lequel le testateur n'aura pas exprimé clairement sa volonté, mais seulement par des signes ou des monosyllabes, en réponse aux questions qui lui ont été faites (C. civ. moz. Art. 2180). Cette dernière mention pourrait en effet laisser autoriser un legs verbal, qui n'est pourtant pas une forme commune de testament au Mozambique comme vu plus haut. Les formes communes du testament mozambicain étant toutefois les formes publique et « fermée » qui exigent un écrit (C. civ. moz. art. 2205 et 2206), il ne semble pas que le testament oral pourrait être admis.

Par ailleurs, ainsi que l'exprime l'adage suivant : *Verba volant, scripta manent*[40], le mode oral souffre d'une mauvaise presse en ce qu'il ne fige pas une pensée comme le mode écrit peut le faire. La Convention de La Haye de 1961 laisse d'ailleurs la possibilité à chaque État contractant de *« se réserver de ne pas reconnaître les dispositions testamentaires faites, en dehors de circonstances extraordinaires, en la forme orale par un de ses ressortissants n'ayant aucune autre nationalité.* »

La culture orale trouve cependant une place privilégiée dans un temps où l'écrit n'était pas d'usage commun, comme c'est le cas aux Comores (α.) et à Madagascar (β.). D'ailleurs, aux Comores, le testament oral est, ce qui peut sembler surprenant du point de vue juridique français, la forme classique du testament. À Madagascar, il fait partie d'une des formes particulières : la déclaration de dernière volonté.

α. Aux Comores : la forme classique du testament

Le testament dans le droit des Comores a disparu du Code civil et il n'a pas été intégré dans le Code civil de la famille de 2005. C'est donc le *Minhadj* qui s'applique, plus précisément, son livre XXIX relatif aux dispositions testamentaires. Il faut le rappeler, ce texte a été rédigé par *Nawawî* au XII^{ème} siècle, dans un temps où l'écriture ne primait pas sur le témoignage oral[41] Il pose le principe du testament sous la forme orale[42]. Il n'est pas d'ailleurs fait mention

[40] Les paroles s'envolent, les écrits restent.
[41] François-Pierre BLANC, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien,* Balzac éditeur, 2015, p. 428 §783
[42] *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 267.

de « testament » à proprement parler, sinon de « *dispositions testamentaires* » au sens que peuvent avoir les dispositions de dernière volonté.

Ainsi, le *Minhadj* donne des règles précises quant à la formulation que doit avoir cette disposition testamentaire. Elle passe par l'emploi des formules telles que suivantes : « *Je lui lègue telle ou telle chose* », « *Remettez-la-lui* », « *Donnez-la-lui après ma mort* », ou encore « *Ceci est à lui après ma mort* ». Mais si on se borne à dire « *Cette chose est à lui* », qui signifie « *Restituez-le lui* », est un aveu et non un legs. Cependant, si on dit : « *Cette chose est à lui dans ma succession* », c'est une disposition testamentaire valable. La présence de témoins est donc primordiale pour que ce testament porte ses effets. Le *Minhadj* n'en précise toutefois pas le nombre. Un seul pourrait donc suffire, mais il serait sûrement judicieux, comme dans la plupart des droits étudiés jusque-là, d'imposer la présence d'au moins deux témoins, pour que chacun puisse confirmer ce que l'autre dit.

La disposition testamentaire peut encore être implicite en étant formulée d'une manière qui indique la dernière volonté de *de cujus*. Le testament écrit, s'il est remis aux témoins, sera donc valable. Un testament comorien, qui serait rédigé sous la forme olographe, mystique ou authentique, sera donc valable, mais il sera considéré comme une disposition testamentaire implicite selon le droit positif comorien.

À Madagascar en revanche, le testament oral fait partie des formes particulières de testament.

β . À Madagascar : la déclaration de dernière volonté

Cette forme de testament est régie aux articles 41 à 45 de la loi du 4 juillet 1948. Les formalités sont à respecter sous peine de nullité de la déclaration de dernière volonté.

Concernant le domaine personnel, toute personne, sentant sa mort imminente, peut déclarer ses dispositions de dernière volonté à une personne mentionnée dans l'article 41 de la loi de 1968, soit le notaire, le chef de la famille à laquelle il appartient, un membre du conseil municipal ou communal, ou un auxiliaire du chef de canton.

Ici, la présence obligatoire de quatre témoins est requise, dont au moins deux membres de la famille du disposant.

Concernant les bénéficiaires de cette forme de testament, le testateur ne peut cependant que partager ses biens entre tous ses enfants au sens de l'article 17 et 18. Des dispositions extrapatrimoniales sont également possibles. En effet, le

testateur peut formuler des prescriptions relatives à sa mise au tombeau (loi du 4 juillet 1968, art. 42).

La déclaration de dernière volonté a la même valeur qu'un testament public en l'absence de testament (loi du 4 juillet 1968, art. 45) et est ainsi soumise aux mêmes conditions de validité et de forme que ce dernier. C'est donc une forme de testament à part entière.

Une autre forme de testament interdite en France et qui se retrouve dans le droit de certains États de l'océan Indien est le testament conjonctif.

b – Le testament conjonctif

Un testament est dit conjonctif – ou « conjoint », « commun », « joint » ou encore « mutuel » – quand deux personnes disposent dans un même testament, l'une au profit de l'autre et réciproquement. Interdit dans la plupart des droits de tradition civiliste, il l'est également de façon expresse à Maurice et aux Seychelles (C. civ. mru. et C. civ. sey. art. 968), en ce qu'ils ont repris le Code civil français. Il est également interdit au Mozambique (C. civ. moz. art. 2181), qui a lui aussi un Code civil sur le modèle du Code napoléonien.

La Convention de La Haye de 1961 étudiée plus haut, fait référence à cette forme de testament dans son article 4 et l'admet. En effet, elle dispose que la convention « *s'applique également aux formes des dispositions testamentaires faites dans un même acte par deux ou plusieurs personnes* ». Ainsi, si par le jeu des multiples critères de rattachement de son article 1er, le testament conjonctif est valable, sa validité, même dans un droit qui l'interdit, sera admise.

Concernant l'Afrique du Sud, le *Wills Act* ne précise pas expressément son interdiction. L'article 2, qui dispose que le testament doit être signé par le testateur ou une autre personne en sa présence et sous sa direction, ne semble pas admettre le testament conjonctif. En effet, à aucun moment, il est fait mention d'une possibilité de pluralité de testateurs. Elle se retrouve cependant dans le *Common law*. Ainsi, un testament mutuel est conçu comme rassemblant les testaments de deux personnes, faits de façon séparée. Chaque partie doit donc avoir le droit de modifier ou de révoquer la partie du testament mutuel dans laquelle il dispose de ses biens, sans le consentement de l'autre.

Pour que cela soit possible, deux conditions doivent être remplies. Tout d'abord, le premier mourant ne doit pas avoir disposé seulement de ses biens, mais il doit avoir aussi disposé des biens de son conjoint survivant. Autrement-dit, la propriété des deux testateurs doit avoir été fondue en une seule et avoir été disposée en un tout[43].

[43] *Cf. Secretary SA Association vs. Mostert* 1873 Buch 31.

La deuxième condition concerne le survivant. Il doit avoir accepter tout ou partie des bénéfices que lui confère le testament du premier mourant. En droit sud-africain, comme ailleurs, personne n'est en effet obligée d'accepter un legs. L'acceptation est d'ailleurs présumée à moins que les légataires ne répudient le legs expressément[44]. Dans le manuel d'introduction au droit sud-africain écrit par W.J. HOSTEN[45], un exemple est donné : dans un testament joint, deux testateurs, soit un couple marié, laisse leur biens communs[46] à leurs enfants, avec l'usufruit au conjoint survivant. Ainsi, la première condition évoquée plus haut est remplie. Jusqu'à la mort du premier conjoint, chacun des époux peut changer son testament, c'est-à-dire le testament joint. Il ne pourra cependant pas disposer de plus de la moitié de ses biens qu'il a en commun avec son époux. À la mort du premier conjoint ensuite, pour la deuxième condition, le survivant doit accepter ou pas le legs, en l'espèce, l'usufruit des biens communs. S'il répudie le legs, il ne recevra rien tel que prescrit par le testament mais garde, bien sûr, sa propre moitié dont elle n'avait pas disposé. Les enfants quant à eux recevront, s'ils acceptent en pleine propriété la moitié des biens du premier mourant, la moitié qui n'est pas sujette à l'usufruit.

Aux Comores maintenant, le testament conjonctif n'est pas interdit de façon expresse dans le *Minhadj*, mais l'influence actuelle du droit français, même si le droit positif en la matière est fortement influencé par le droit musulman, pourrait mener à l'idée qu'il n'y serait pas non plus admis.

Cette interdiction a ses raisons : elle sert à éviter une possible – mauvaise – influence sur le testateur et ainsi, garantir le principe de la libre révocabilité du testament.

À Madagascar, l'article 29 de la loi de 1968 indique explicitement qu'ils ne sont pas prohibés. Le législateur a quand même prévu le cas de la crainte évoquée ci-dessus en donnant la possibilité aux époux de déclarer que leur testament mutuel ne pourra être modifié de leur vivant que d'un commun accord. En revanche, cette disposition cessera de porter ses effets s'ils divorcent ou si leur union est rompue.

Ce dernier paragraphe consacré à cette dernière forme particulière de testament clos le second chapitre de cette première partie qui a traité des différentes formes de testament, qui, comme il a été vu, s'articule entre pluralité et singularité.

---

[44] *Crookes NO vs. Watson* 1956 1 SA 277 (A) 298.

[45] W.J. HOSTEN *et al., Introduction to South African law and legal theory*, Butterworth, 1995, p. 688 .

[46] Les « biens communs » ne sont pas entendus ici au sens français, comme faisant partie de la communauté légale. Ce sont simplement les biens qu'ont en communs, de façon indivise, les époux.

II. – Le contenu du testament : entre restrictions et libertés

Si le testateur n'est pas libre de tester dans la forme qu'il souhaite, car cette forme fait l'objet d'un encadrement légal, il ne peut pas non plus disposer selon son plein gré. Ainsi, légalement, la liberté de tester est encadrée (A). Il existe cependant des cas où la liberté de tester est privilégiée (B).

C'est donc autour de la liberté que va tourner cette seconde partie relative au contenu du testament. Les différents types de legs (universel, à titre universel, particulier notamment) ne feront pas l'objet d'un développement, car ils qualifient ce que le testateur fait quand il institue des héritiers et ne concerne pas donc à proprement parler de la liberté de tester.

A. – La liberté encadrée

Si en droit romain, tester était un devoir, cet acte est devenu aujourd'hui une liberté individuelle, une faculté, un droit. Tester peut être vu à l'époque moderne comme un moyen de consolation pour l'homme face à la mort.

Une tendance du droit moderne, selon Charles BAHUREL, dans sa thèse sur *Les volontés des morts*[47], est de « fondre, jusqu'à refondre, la liberté testamentaire dans la liberté contractuelle – au sens de la liberté de faire des actes juridiques. Autrement dit, le testament quitterait les contraintes du droit successoral pour être rattaché, sans autre limite que l'ordre public, au droit des biens ou des personnes selon son contenu. » Cet auteur nous enseigne que les droits anglo-saxons sont fermement enfermés dans cette voie. Ainsi, ils accordent une importance moindre aux règles successorales parce qu'en cette matière, la volonté du disposant est quasiment toute puissante[48]. En droit français, cependant, « *peu de mécanismes juridiques d'organisation des biens traversent la période du décès sans être récupérés par le droit successoral (…), lieu de passage forcé* »[49]. Ainsi, en droit français, l'idée que la mort rompt tout demeure profondément et il n'appartient pas principalement au *de cujus* de régler le sort de ses biens après son décès[50].

[47] C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 26.
[48] J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, Revue international de droit comparé, Vol. 39, nº1, 1987, p. 288 à 290.
[49] *Ibid.*
[50] *Ibid.*

C'est également l'idée qui prédomine dans le droit des États de l'océan Indien analysés. Il y a ainsi un encadrement tant personnel (1) que patrimonial (2).

1 – L'encadrement personnel

L'encadrement personnel tient au testateur (a), qui voit sa liberté restreinte dans le contenu qu'il peut mettre dans son testament. L'encadrement personnel tient également au bénéficiaire (b). En effet, le testateur n'a pas la liberté de désigner, dans le droit des États de l'océan Indien étudiés, n'importe qui comme bénéficiaire. Certains, les enfants notamment, peuvent faire l'objet d'une protection particulière.

a – Le testateur

Le testateur, bien qu'il soit libre de tester, ne peut pas tout faire comme cela a déjà été dit. Certaines choses lui sont notamment interdites, comme les substitutions (α.). D'autres lui sont parfois imposées, comme la nomination d'un exécuteur testamentaire (β.).

α. L'interdiction des substitutions

La substitution exprime l'idée que le bénéficiaire du testament est chargé par le testateur de garder la propriété léguée et de la transmettre à une tierce personne au bout d'un certain temps où si un événement particulier se produit. Dans le droit des États de l'océan Indien comparés, cette interdiction est en principe généralisée. Des exceptions existent toutefois.

Ainsi, certaines législations des États de la zone ouest de l'océan indien, d'influence civiliste, interdisent expressément les substitutions. Ce sera donc le cas pour le droit mauricien (sauf une petite exception concernant la famille proche), et seychellois. Madagascar et le Mozambique en revanche les autorisent, mais sous condition. Enfin, concernant les Comores et l'Afrique du sud, il faudra faire une interprétation extensive de leurs législations pour arriver à une telle interdiction.

L'interdiction des substitutions révèle la volonté du législateur d'éviter que le mort n'ait trop d'emprise sur les vivants. En effet, si cela était permis, le *de cujus* pourrait imposer au bénéficiaire la transmission de son bien, ainsi qu'au bénéficiaire du bénéficiaire, *etc*. C'est l'idée sous-jacente également de l'interdiction de la propriété perpétuelle qu'ont voulu abolir les Révolutionnaires de 1789. Effectivement, l'un de leurs principaux combats a été d'abolir le féodalisme car ce système avait pour effet que le Paysan ne pouvait pas jouir pleinement de la pleine propriété de la terre qu'il cultivait, qui revenait au

Seigneur. La devise de l'abolition de système aurait pu être « Pas de contrôle sur la terre par les morts ! » ou « La terre aux vivants ! ». Derrière l'aspect émotionnel de la possession, se cachait également un aspect pratique, plus tourné vers l'économie qui sans traduisait dans le souhait pour le vivant d'être propriétaire de la terre et de pouvoir la commercialiser[51].

Ainsi, on retrouve l'interdiction des substitutions dans la plupart des droits des États de l'océan Indien étudiés, en ce qu'ils suivent pour la plupart les préceptes du Code napoléonien.

À Maurice comme aux Seychelles, comme en France une nouvelle fois, l'interdiction des substitutions se retrouve aux articles 896 à 899 des Codes civils mauricien et seychellois. Par conséquent, est nulle toute disposition qui vise à interdire au bénéficiaire du testament d'aliéner le bien reçu ou à l'obliger de la transmettre à un tiers. Le Code civil mauricien a cependant gardé, contrairement aux Codes français et mauricien, la possibilité de substitutions pour les pères et pères et les frères et sœurs et les transferts ou dispositions de biens à titre fiduciaire. Concernant le Code seychellois, l'alinéa 2 de l'article 900 rend en principe nulles toutes les dispositions tendant à rendre la propriété inaliénable. Se révèle encore une fois ici la crainte de la propriété perpétuelle.

Toutefois, la nomination d'un second bénéficiaire, en remplacement d'un premier qui ne puisse ou ne veuille pas recevoir le legs, ne constitue pas une substitution et est valide. Le même mécanisme s'appliquera en cas de démembrements de propriété. Cela permet d'éviter que le bien soit abandonné. En effet, il faut rappeler ici que le testament est un acte unilatéral. Contrairement à une donation, où le bénéficiaire n'est pas obligé non plus d'accepter, mais le jour de la signature de l'acte, s'il le signe effective, cela vaudra foi de son acceptation. La donation est un acte bilatéral. Dans le testament, le bénéficiaire n'est pas obligé d'accepter. Le testateur « propose » plus qu'il ne « dispose » de ses biens. Au bénéficiaire de choisir ensuite, une fois le testament découvert et ouvert à la mort du *de cujus*, d'accepter ou pas. Ainsi, il est possible de dire que le testateur « propose », dans le sens où il n'impose pas sa volonté sur le bénéficiaire qu'il désigne dans le testament, et que le légataire « dispose », dans le sens où c'est à lui que revient le choix final d'accepter ou non.

Le testateur ne pourra également pas rédiger de clauses qui tendent à rendre le legs inaliénable, à moins qu'un intérêt légitime et sérieux le justifie. Mais même dans ce cas, le bénéficiaire pourra être autorisé judiciairement à disposer de la propriété léguée si cet intérêt n'existe plus ou si un intérêt plus important apparaît. Par conséquent, la disposition qui aurait pour effet de déposséder le bénéficiaire

[51] A. G. CHLOROS, *Codification in a mixed jurisdiction, The civil and commercial law of Seychelles,* North-Holland publishing company, 1977, p. 74.

du droit d'agir en justice pour faire annuler une telle disposition testamentaire sera nulle et ne pourra produire d'effet.

À Madagascar, la loi du 4 juillet 1968, dans son article 47, l'autorise mais l'enferme dans une condition de délai. Ainsi, le testateur peut dans son testament stipuler que son légataire devra transmettre les biens dont il aura bénéficié à une personne, à l'expiration d'un certain délai ou à son décès, ou si une condition expressément stipulée se réalise.

Au Mozambique, en revanche, les substitutions ne font pas l'objet d'une interdiction expresse. Elles se retrouvent ainsi aux articles 2281 à 2300 du Code civil mozambicain. Il ressort toutefois de leurs études que les substitutions, telles qu'elles ont été définies plus haut, sont également interdites au Mozambique.

Il en existe de trois sortes : les substitutions directes (C. civ. moz. art. 2281 à 2285), les substitutions fidéicommissaires (C. civ. moz. art. 2286 à 2296) et les substitutions pupillaires ou quasi-pupillaires (C. civ. moz. art. 2297 à 2300). On les retrouvait déjà en droit romain. Elles seront étudiées dans les grandes lignes.

Les substitutions directes sont celles, comme en France, à Maurice et aux Seychelles, qui concerne les légataires qui ne pourraient ou ne voudraient pas accepter le legs. À ces derniers, seront substituées d'autres personnes. Sauf déclaration contraire, cela sous-entendra qu'il aura voulu protéger l'autre personne. Par ailleurs, plusieurs personnes peuvent se substituer à une seule personne ou une seule personne à plusieurs. Le testateur peut également disposer que les colégataires peuvent se substituer réciproquement. Si tel est le cas, c'est-à-dire si le legs a été fait en parts inégales, il faudra respecter la proportion dans la substitution. Si dans la substitution, tout le reste des personnes instituées comme héritier n'est pas appelé, si cela concerne une tierce personne et qu'il n'a pas été mentionné de proportion à respecter, la plus grande part de ce qui reste vacant sera réparti entre elles en parts égales par les substitués. Les substituants ont également des droits et des obligations. Sauf volonté contraire du testateur, ils succèdent aux droits et obligations qu'avaient les personnes substituées.

Les substitutions fidéicommissaires maintenant sont celles qui concernent le fait d'imposer à son héritier la charge de conserver l'héritage, pour qu'à sa mort, un autre puisse en bénéficier. Cette substitution semble correspondre à celle qui est interdite en droit français, mauricien et seychellois. En droit mozambicain, elle ne concerne que la famille du testateur en revanche. La personne en charge de garder le bien s'appelle le « fiduciaire » et la personne qui lui sera substituée à sa mort s'appelle le « fidéicommissaire ». Comme le premier type de substitutions, il peut n'y avoir qu'une seule première personne (le fiduciaire) à qui se substituent plusieurs autres personnes (les fidéicommissaires) ou plusieurs personnes (les fiduciaires) à qui se substituent qu'une seule autre personne (le fidéicommissaire).

Ce type de substitution est toutefois limité. Ainsi, cette substitution ne pourra avoir d'effet au-delà du premier degré, même si le retour de l'héritage pour le fidéicommissaire doit être subordonné à un fait futur et incertain. Seul le père ou la mère ou les enfants du testateur pourront donc être fidéicommissaires.

La substitution pupillaire maintenant, concerne quant à elle le parent qui n'aurait pas la garde de ses enfants ou qui l'aurait que partiellement. Il peut substituer à ses enfants les légataires de son choix, pour le cas où ses enfants décèderaient avant d'avoir eu dix-huit ans. La substitution sera alors sans effet à la majorité de l'enfant. La substitution quasi-pupillaire concerne celle où l'enfant est incapable de tester en raison d'une interdiction pour anomalie psychologique. Par ailleurs, il est possible qu'une substitution pupillaire se transforme en une substitution quasi-pupillaire si le mineur est déclaré incapable pour des raisons psychologiques. Ces deux derniers types de substitutions ne pourront cependant concerner que les biens que le substitué aura acquis durant la vie du testateur.

En Afrique du Sud, dans le *Wills Act*, et aux Comores, dans le *Minhadj*, rien ne semble interdire expressément ces substitutions.

En Afrique du Sud toutefois, la consultation du manuel d'introduction au droit sud-africain[52] apportera cependant sa lumière sur la question. Ainsi, il existe dans ce droit deux types de substitutions. Ce sont, comme en droit mozambicain, la substitution directe - une alternative entre deux légataires dans le cas où un premier ne pourrait ou ne voudrait pas accepter le legs – et la substitution fidéicommissaire (avec un « fiduciaire » qui est le premier bénéficiaire et le « fidéicommissaire » qui est la seconde personne, qui sera substituée à la première).

Dans le premier cas, pour la substitution directe, si le premier légataire accepte, la substitution devient nulle. Elle est sous-entendue à l'article 2 (C) du *Wills Act* : si un testateur laisse un bénéficiaire à un descendant, mais que ce descendant meurt avant le testateur ou s'il n'a plus le droit d'hériter, alors la progéniture de ce descendant héritera à sa place par le mécanisme de la représentation, tel qu'on le connaît également en droit français. De même, la progéniture du descendant désigné héritera si le descendant refuse le bénéfice des dispositions du testament. Exception faite cependant pour le cas où le descendant aurait été désigné en même temps que l'époux survivant : ce dernier sera alors bénéficiaire entièrement du legs.

Dans le second cas, pour la substitution fidéicommissaire, comme en droit mozambicain, le testateur laisse tout ou partie de ses biens à un premier héritier

[52] W.J. HOSTEN *et al., Introduction to South African law and legal theory*, Butterworth, 1995, p. 679 à 687.

(le fiduciaire), à charge pour elle de la transmettre à un second héritier (le fidéicommissaire) après l'écoulement d'une certaine période ou la survenance d'un événement précis (à la mort du premier héritier par exemple). Ce type de substitution est différent du premier en ce que les deux héritiers héritent, non pas alternativement, mais successivement. C'est donc la crainte d'une propriété perpétuelle qui ressurgit ici. Ainsi, en droit sud-africain, le *Immovable Property (Removal or Modification of Restrictions) Act 94* de 1995, dans son article 6 (1) limite la substitution fidéicommissaire à deux substitutions, contrairement à une seule pour le droit mozambicain, après que le fiduciaire originel ne soit devenu propriétaire.

Il faudra alors faire attention de ne pas confondre ce fiduciaire avec le fiduciaire de la fiducie actuelle en droit français, souvent traduite pour évoquer le mécanisme du *trust* anglo-saxon. Ce dernier mécanisme[53] peut d'ailleurs faire l'objet d'une disposition testamentaire, mais le testateur devra l'établir clairement et raisonnablement.

La fiducie, comme entendue pour la substitution fidéicommissaire sud-africaine ou mozambicaine, se différencie également de l'usufruit, en ce que le fiduciaire est plein propriétaire du bien qu'il devra ensuite transmettre alors que l'usufruitier, comme le nom l'indique, n'en a que l'usufruit. Un testateur peut cependant tout à fait transmettre la propriété d'un bien à une personne et l'usufruit à une autre. Ici, contrairement à la substitution fidéicommissaire, le plein propriétaire et l'usufruitier sont propriétaires au même moment, même si en pratique, ils auront la jouissance du bien de manière successive.

Concernant le droit positif comorien, les recherches n'ayant pas permises d'aboutir avec certitude à cette interdiction, elle ne pourra être que supposée, de part notamment l'intervention, quoiqu'accidentelle, des notaires français dans les successions comoriennes. Ces derniers s'opposeraient sûrement à l'insertion d'une telle clause dans un testament qu'un Comorien voudrait rédiger.

S'il peut être admis que le testateur a une liberté restreinte concernant la possibilité d'insérer des substitutions dans son testament, il a une liberté plus grande concernant la possibilité de nommer un exécuteur testamentaire pour la prise en charge de ses dernières volontés.

β. La nomination d'un exécuteur testamentaire

La nomination d'un exécuteur testamentaire est, comme en droit français, une option dans la plupart des droits des États de la zone ouest de l'océan Indien.

[53] Pour l'essentiel, il s'agira de laisser la propriété d'un bien à une personne, le *trustee,* pour qu'elle gère ce bien de façon à faire bénéficier une autre personne (qui peut être le propriétaire original) ou pour un but impersonnel.

Dans les grandes lignes, il s'agit de la possibilité pour le testateur de nommer une ou plusieurs personnes chargées de veiller à la mise en application de son testament ou de l'exécuter. C'est donc un moyen pour le testateur de s'assurer que ces dernières volontés seront respectées. Ils ne sont en général pas rémunérés et aucune limite de temps n'est donnée[54]. Il ne sera pas non plus propriétaire des biens et ne pourra donc pas les transmettre à ses enfants. La fonction n'est d'ailleurs pas non plus transmissible. Dans tous les droits étudiés, l'exécuteur testamentaire devra être capable juridiquement et pourra être un héritier (de la famille du testateur) ou un légataire (une personne extérieure à son cercle de famille).

À Madagascar cependant, il n'en est pas fait mention dans la loi du 4 juillet 1968. Les recherches effectuées dans ce domaine dans d'autres lois de ce dernier État n'ont malheureusement pas abouti à éclairer la question. Ce point ne sera donc pas développé.

L'exécuteur testamentaire se retrouve toutefois dans les Codes civils de Maurice et des Seychelles, comme très souvent, aux mêmes articles que le Code civil français, soit les articles 1025 à 1034. Il s'agit de la même fonction. Des différences existent cependant. Notamment aux Seychelles, un testateur ne pourra pas nommer plus de trois exécuteurs testamentaires. Ils agiront en tant que fiduciaires, telle que leur fonction est régie par le Code civil seychellois, mais qui ne sera pas étudiée ici. De plus, cette nomination devra être confirmée judiciairement. Enfin, il sera obligatoire de nommer un exécuteur pour les testaments comportant des clauses concernant des immeubles.

Au Mozambique, ce sont les articles 2320 à 2334 du Code civil qui en traitent et il n'y a pas de différences majeures avec les autres droits étudiés. Pour l'essentiel, l'exécuteur testamentaire devra, comme dans tous les droits, être capable juridiquement (C. civ. moz. art. 2321). Il n'est également pas obligé d'accepter (C. civ. moz. art. 2322), corollaire du caractère unilatéral du testament. Mais le refus devra se faire devant notaire (C. civ. moz. 2324). L'acception peut être expresse ou tacite, mais ne pourra pas se faire sous conditions ni en partie seulement (C. civ. moz. art. 2323). L'exécuteur a les missions que le testateur lui confie, dans les limites de ce qui est autorisé par la loi (C. civ. moz. art. 2324). Il n'est en principe pas rémunéré (C. civ. moz. art. 2333) et ne peut pas transmettre son mandat (C. civ. moz. art. 2334).

[54] Comp. C. civ. fr. art. 1032 (depuis la loi du 23 juin 2006) : la mission de l'exécuteur testamentaire prend fin au plus tard deux ans après l'ouverture du testament sauf dérogation par le juge.

En Afrique du Sud, il n'est fait référence qu'une fois à l'exécuteur testamentaire[55]. La consultation d'un manuel de droit sud-africain[56] ou la jurisprudence ont aidé à en savoir plus. La nomination d'un exécuteur est une obligation dans tous les cas de figure, même si le testateur n'en a pas nommé. Il s'agira d'un exécuteur testamentaire à proprement parler si le testateur en aura désigné un dans son testament.

Ainsi, la jurisprudence sud-africaine a décidé que les légataires n'auront de droit personnel sur les biens légués, dont ils sont bénéficiaires, qu'une fois que les biens leurs auront été livrés par un exécuteur[57]. La question de savoir si l'exécuteur est propriétaire des biens objet de sa fonction est cependant toujours en suspens dans le droit sud-africain. La procédure de livraison de tels biens est cependant complexe et est régie par l'*Administration of Estates Act 66 of 1965*. Si l'exécuteur testamentaire n'a pas été nommé dans le testament, il le sera judiciairement. Ses fonctions sont notamment d'administrer les biens, de payer les dettes et d'enfin remettre ce qui reste aux légataires.

Aux Comores, il s'agit d'une institution particulière, nommée le *wasî* et le *Minhadj* est toujours le texte de référence en la matière. La dernière section du livre XXIX du *Minhadj* y est consacrée[58]. Sa mission sera essentiellement de « *Prendre soin du payement des dettes du testateur, de l'exécution de sa dernière volonté et de la tutelle de ses en bas-âge* ».

Concernant la capacité de l'exécuteur testamentaire, en principe, seul « *un Musulman, majeur, doué de raison, irréprochable et apte au mandat dont il a la charge* » pourra être *wasî*. Il sera intéressant de noter que la cécité n'est pas une cause d'incapacité.

Concernant le droit de nommer un testateur, selon le *Minhadj,* seul un musulman – « *tout musulman* » dans le texte – majeur, doué de raison et libre, en a le droit. Pour l'exécuteur de la tutelle des enfants en bas-âge, seul le testateur qui en est lui-même le tuteur légitime pourra le nommer. Il n'est toutefois pas autorisé à nommer deux exécuteurs se succédant l'un à l'autre. Le *Minhadj* donne ici des exemples de phrases à prononcer, « *Je vous constitue mon exécuteur testamentaire jusqu'à la majorité de mon fil* » notamment. Il donne également des exemples de phrases à prononcer pour en nommer un : « *Je vous nomme mon*

---

[55] Af. du Sud, *Wills Act,* art. 6: *Witness cannot be nominated as executor, etc.* *If any person attests the execution of a will or signs a will in the presence and by direction of the testator under which that person or his spouse is nominated as executor, administrator, trustee or guardian, such nomination shall be null and void.*

[56] W.J. HOSTEN *et al., Introduction to South African law and legal theory,* Butterworth, 1995, p. 696

[57] *Greenberg vs. Greenberg's Estate* 1955 3 SA 361 (A)

[58] *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 279 à 282.

exécuteur testamentaire » ; mais il met en garde de bien définir le mandat de l'exécuteur car si le testateur s'est simplement contenté de dire « *Je vous nomme mon exécuteur* », cela sera considéré comme nul. Le testateur pourra nommer deux exécuteurs testamentaires, mais aucun ne pourra agir sans le concours de l'autre, sauf disposition contraire.

Le testateur ne pourra cependant pas donner à l'exécuteur testamentaire le pouvoir de conclure un contrat de mariage pour le fils du défunt pendant sa minorité ou de représenter la fille du défunt en tant que tuteur dans un tel contrat. L'exécuteur chargé de la tutelle d'un enfant devra cependant lui rendre compte de sa gestion et s'il y a une contestation, il y aura une présomption en faveur de l'exécuteur concernant les frais d'entretien de l'enfant.

Enfin, comme dans tous les droits étudiés jusqu'ici, l'exécuteur testamentaire n'est en aucun cas obligé d'accepter ce mandat. S'il l'accepte, il ne pourra pas non plus le faire pendant la vie du testateur. De même, le testateur peut révoquer cette nomination et l'exécuteur peut y renoncer quand bon lui semble, même après l'avoir accepté.

Dans l'ensemble, même si le texte a une origine beaucoup plus antérieure que les autres législations étudiées, l'exécuteur testamentaire du droit comorien ressemble en bien des points aux autres exécuteurs des autres droits étudiés.

Après avoir vu comment les différents droits des États de l'océan Indien appréhendent l'encadrement personnel concernant le testateur, vient maintenant le tour des bénéficiaires.

b – Les bénéficiaires

Les bénéficiaires doivent d'une part être déterminés (α.) et d'autre part, pour certains, protégés (β.).

α. La détermination des bénéficiaires

Avant d'étudier ici les différentes sortes de bénéficiaires, il faut s'attarder sur le fait qu'ils doivent être déterminés. En effet, il paraît évident qu'une personne doit savoir qu'elle est bénéficiaire d'un legs pour en profiter. Le droit des différents États étudiés va pour la plupart en ce sens. Des petites exceptions existent cependant.

Ainsi, au Mozambique, sera nul le testament dans lequel le testateur n'aura pas exprimé clairement sa volonté, mais seulement par des signes ou des monosyllabes, en réponse aux questions qui lui ont été faites (C. civ. moz. art. 2180). Aussi, la disposition faite en faveur d'une personne incertaine est

également nulle (C. civ. moz. art. 2185). L'erreur dans l'indication de la personne ou des biens, qui n'entrave pas l'interprétation du testament comme bénéficiant à une personne déterminée n'emportera pas la nullité de la disposition au profit de cette dernière (C. civ. moz. art. 2203). Il pourra également désigner des successeurs individuellement et d'autres collectivement, ce seront ceux désignés individuellement qui seront privilégiés (C. civ. moz. art. 2227). L'idée de détermination des bénéficiaires se retrouve bien dans cette disposition. En revanche, cette idée se retrouve moins dans la possibilité qu'a le testateur de désigner une généralité de personnes (C. civ. moz. art. 2225). Certes, il sera considéré que la disposition sera faite en faveur des personnes existantes au lieu du domicile du testateur au moment de sa mort, mais cela ne semble pas totalement convaincant, et semble aller contre la lettre de l'article 2185 cité ci-dessus.

En outre, le bénéficiaire pourra être le testateur lui-même, plus précisément son âme (C. civ. moz. art. 2224). Se retrouve ici la dimension religieuse, lié au sentiment de culpabilité. Ainsi, cette disposition concerne ses volontés religieuses, mais ce sont des dispositions patrimoniales également. En effet, le testateur devra désigner les biens qui seront utilisés pour « sauver » son âme, et leur quantité. Une telle disposition constituera une charge qui retombera sur l'héritier ou le légataire. Le droit mozambicain sera d'ailleurs le seul droit des États de l'océan Indien comparés à poser de façon expresse la possibilité de tester en faveur de son âme.

Une préoccupation religieuse se retrouve également dans le droit comorien. Ainsi, le *Minhadj* dispose qu'un legs fait pour l'entretien d'une église chrétienne ou d'une synagogue n'est pas licite[59]. En revanche, il le sera s'il est fait pour l'entretien d'une mosquée, voire au profit d'une mosquée sans rien préciser de plus. Pour le reste, ce recueil donne une liste des personnes au profit desquelles le testateur peut disposer et les conditions qui devront être respectées[60]. Ainsi, il peut tester en faveur d'une seule ou de plusieurs personnes, mais il faudra qu'elles soient capables d'exercer leur droit de propriété. S'il teste au profit d'un enfant conçu, il faudra que ce dernier naisse vivant et que la conception ait déjà eu lieu au moment de la disposition, soit que la naissance ait eu lieu six mois après précise le *Minhadj*. Si l'enfant naît après ce terme, il ne sera donc pas considéré conçu préalablement à la disposition testamentaire, sauf si le mari n'a pas cessé d'entretenir des relations avec la mère. Dans ce dernier cas, la conception est admissible jusqu'au terme maximum de quatre ans.

Également, les dispositions testamentaires en faveur d'un animal sont absolument nulles si le testateur a manifesté son intention spéciale de le constituer

[59] *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 259.
[60] *Minhadj*, t. 2, éd. Van Den Berg, p. 259 à 262.

propriétaire. Elles ne le seront cependant pas si le testateur déclare que le legs devra servir à ce que l'animal ne manque jamais de la nourriture nécessaire[61].

En revanche, il est possible de « *léguer à une catégorie de personnes certaines et déterminées, sans indiquer le nombre des individus dont elle compose* »[62]. Les personnes peuvent donc ici ne pas faire l'objet d'une détermination précise.

À Madagascar maintenant, les dispositions testamentaires doivent permettre de déterminer leur bénéficiaire sous peine de nullité (loi du 4 juillet 1968, art. 28). Ainsi, s'il n'a pas survécu au testateur (loi du 4 juillet 1968 art. 51), il ne pourra plus être déterminé et par conséquent être bénéficiaire du testament.

Toutefois, même si le testateur a déterminé un bénéficiaire, il n'a pas la liberté de désigner n'importe qui. Ces interdictions tiennent en la qualité du bénéficiaire. Elles se retrouvent également en droit français[63], qui en est d'ailleurs la source.

On retrouve ainsi dans le droit des États de l'océan Indien étudiés, une interdiction de tester en faveur des curateurs, tuteurs et des administrateurs légaux. Par exemple, au Mozambique, en général est nulle la disposition du mineur en faveur de quelconque personne à laquelle la garde revient (C. civ. moz. art. 2183). Ainsi, est nulle la disposition faite par un mineur non émancipé en faveur de son tuteur, curateur ou administrateur légal de biens, bien que les comptes ont été approuvés, sauf si ces personnes sont des descendants, ascendants, collatéraux jusqu'au troisième degré ou le conjoint du testateur (C. civ. moz. art. 2192). Cette exception est également valable à Maurice et aux Seychelles (C. civ. sey. Et C. civ. mru. art. 907). Dans ces droits, pour ce qui est de la capacité du mineur, son âge est précisé. Ainsi, le mineur de moins de seize ans a l'interdiction de disposer par testament au profit de son tuteur. Il pourra cependant ici le faire si le compte définitif de la tutelle a été préalablement rendu et apuré.

Une autre catégorie de bénéficiaire est celui qui aurait la qualité de soignant de la dernière maladie du testateur. Ainsi, au Mozambique, sont concernés les médecins, infirmiers qui traitent le testateur, ou le prêtre qui dispense une assistance spirituelle (C. civ. moz. 2184), sauf s'ils reçoivent des legs rémunératoires de services rendus (C. civ. moz. art. 2185). La même règle se retrouve à Maurice et aux Seychelles à l'article 909 de leurs Codes civils respectifs.

---

[61] *Minhadj,* t. 2, éd. Van Den Berg, p. 262.
[62] *Minhadj,*t. 2, éd. Van Den Berg, p. 273.
[63] La loi nº 2015-1776 du 28 décembre 2015 a ajouté l'interdiction de faire un legs à une personne morale par personne interposée, que ne reprennent pas les droits des États étudiés.

Le testateur ne pourra pas non plus tester en faveur d'un bénéficiaire s'il interpose un tiers entre. Ainsi, au Mozambique, sont nulles les dispositions mentionnées aux articles précédents, quand elles sont faites par interposition d'un tiers (C. civ. moz. art. 2198). La même règle se retrouve là encore dans les Codes civils mauricien et seychellois à l'article 911, mais elle vise à empêcher de disposer au profit d'un incapable, qui n'aura pas la capacité de recevoir un testament. Ils précisent que les personnes interposées peuvent être les père et mère, enfants et descendants, et l'époux de la personne incapable.

Particularité du droit mauricien maintenant, qui admet la possibilité de tester en faveur d'un étranger mais sous condition de réciprocité. Ainsi, il faudra que cet étranger puisse disposer en faveur d'un mauricien (C. civ. mru. art. 912).

En droit mozambicain, le testateur ne pourra pas disposer en faveur de la personne avec qui il a commis un adultère, sauf si le mariage était déjà dissout et que les conjoints étaient séparés juridiquement de corps et de biens (C. civ. moz. art. 2197). Une règle similaire se retrouve à l'article 908 du Code civil seychellois bien qu'elle soit moins rigide.

Concernant le droit malgache, l'article 47 de la loi de 1968 donne une liste non-exhaustive - par l'adjectif « *notamment* » - de ce que peut faire un testateur dans son testament. Il semblerait donc que les interdictions évoquées ci-dessus pourraient être autorisées dans ce droit. Il en est de même pour le droit sud-africain et le *Wills Act* de 1957. Les recherches sur son point n'ont, une nouvelle fois, cependant pas permis de répondre avec certitude à cette interrogation.

Une fois les bénéficiaires déterminés, on va voir maintenant que certains sont protégés.

β . La protection de certains bénéficiaires

En droit français, la protection des bénéficiaires fait référence aux héritiers réservataires que sont les enfants, et le conjoint survivant. En effet, la loi française réserve à ces derniers une part dans la succession qui ne pourra être ni être réduite, ni supprimée, ni par les donations du vivant du *de cujus,* ni par son testament. Les donations ne relevant pas de l'objet de la présente étude, il sera traité de la protection des héritiers réservataires au regard de ce qui est possible ou pas pour un *de cujus* de faire par une disposition testamentaire. Les règles de la succession légale, *ab intestat,* seront évoquées parfois pour les besoins de l'analyse.

Concernant les enfants tout d'abord, après l'arrêt MAZURECK rendu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme en 2000, la discrimination qui existait dans la filiation a disparu du Code civil français par la loi nº 2001-1135 du 3

décembre 2001[64]. Tous les droits des États étudiés n'ont cependant pas encore effectué cette mise à jour dans leur droit. Si les enfants sont protégés dans le droit des États de l'océan Indien, des discriminations existent donc encore et les enfants ne feront pas l'objet d'une protection pleine et entière. Cela a cependant vocation à disparaître. En effet, tous les États de l'océan Indien étudiés ont adhéré[65] à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989[66] qui dispose dans son article 2 que :

> « *1. Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.*
> *2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille* »

Les discriminations demeurent cependant dans le droit des États de l'océan Indien comparés, comme il sera vu ci-après.

Aux Comores, il a été vu précédemment que la disposition testamentaire faite à un enfant conçu était valide si cet enfant naissait dans les six mois, ou quatre ans après si le mari avait continué d'avoir des relations avec la mère. Cela sous-entend donc que ce soit un enfant né pendant le mariage et que la discrimination entre « enfant naturel » et « enfant légitime » existe toujours en droit positif comorien. Par conséquent, l'enfant naturel sera moins protégé que l'enfant légitime.

Cependant, en droit comorien, et en droit musulman en général[67], lorsqu'il s'agit de successions testamentaires, tous les héritiers sont réservataires, car il

---

[64] La seule exception restant l'enfant issu de l'inceste, puisqu'il ne pourra pas voir sa filiation établie auprès de ses deux parents mais cela n'empêchera pas le testateur de l'instituer légataire, si la quotité disponible le lui permet.

[65] Adhésion le 7 septembre 1990 : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_fr, (consulté le 23 avril 2018).

[66] Nations Unies, Convention relative aux droits de l'enfant : http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx, (consulté le 23 avril 2018).

[67] F.-P. BLANC, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien,* Balzac éditeur, 2015, p. 357

n'est possible de disposer que du tiers[68]. Le *Minhadj* précise également que « *les frais funéraires sont privilégiés sur la généralité des biens du défunt, en second lieu, il faut payer ses dettes, et après, les dispositions testamentaires peuvent être exécutées jusqu'à concurrence d'un tiers de la succession, déduction faite des dettes. Les autres deux tiers du montant net de la succession appartiennent aux héritiers légitimaires* »[69]. Les bénéficiaires protégés en droit musulman, et donc comorien, sont de ses « héritiers légitimaires » qui bénéficient des deux-tiers de la succession.

Aussi, selon le *Minhadj,* il y a deux types d'héritiers légitimaires, qui feront l'objet d'une protection particulière :

1. « Les héritiers légitimaires mâles, qui sont au nombre de dix : 1º le fils ; 2º le fils du fils et les autres descendants agnats[70] ; 3º le père ; 4º le grand-père paternel et les autres ascendants agnats ; 5º le frère ; 6º le fils ; 7º le fils du frère, à moins qu'il ne s'agisse d'un frère utérin ; 8º le frère germain ou consanguin du père ; 9º l'époux survivant non divorcé ou n'ayant pas été répudié ; (10º le patron)[71] ».

2. « Les héritiers légitimaires (de sexe féminin)[72] qui sont au nombre de sept : 1º la fille ; 2º la fille du fils et les autres descendantes du fils pourvu qu'elles soient des agnates ; 3º la mère ; 4º la grand-mère et les autres descendantes qui vont être mentionnées dans la Section V du présent livre[73] ; 5º la sœur ; 6º l'épouse survivante, non divorcée ou répudiée ; (7º la patronne) »[74].

Le *Minhadj* développe par la suite sous quelles conditions ces différentes catégories de bénéficiaires, faisant l'objet d'une protection, peuvent hériter. Elles sont cependant très complexes, car très précises et multiples et ne pourront faire l'objet d'un développement ici.

Par ailleurs, un testateur comorien ne pourra pas disposer par testament en faveur d'un héritier, sauf s'il lui lègue une chose certaine et déterminée du montant de sa portion. F.-P. BLANC explique dans son manuel d'*Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan*

[68] *Minhadj,* t. 2, éd. Van Den Berg, p. 262.
[69] *Minhadj,* t. 2, éd. Vand Den Berg, p. 261.
[70] Les héritiers agnats sont les héritiers universels, c'est-à-dire, qui ont droit à ce qui reste de la succession quand le prélèvement des héritiers qui ont droit à une « quote-part coranique » (V. Section V du Livre XXVIII du *Minhadj*) aura été opéré.
[71] Disposition obsolète car faisant référence à l'esclavage.
[72] "de sexe féminin" n'est pas précisé dans le texte du *Minhadj* de l'éd. Van Den Berg.
[73] *Minhadj,* t. 2, éd. Van Den Berg, p. 234.
[74] Disposition obsolète car faisant référence à l'esclavage.

Indien[75], que cela est logique car permettrait de privilégier un héritier à *fardh* (*i.e.* les héritiers légitimaires vus ci-dessus), qui est un héritier par le sang de sexe masculin et féminin[76] qui verrait sa quote-part excéder celle que lui octroie le Coran, ou un *aceb* (*i.e.* les héritiers universels qui ont vocation à recueillir le reste de la succession) qui pourrait, compte tenu de sa position dans la famille, n'avoir droit à rien, ou même un cognat[77] qui n'est successible en droit chaféite qu'à défaut d'*aceb.*

Pour résumer, en droit comorien, bien qu'il puisse sembler obsolète sur certains points, les bénéficiaires ne sont pas uniquement les enfants et le conjoint survivant, comme c'est le cas notamment en France et dans certains États de l'océan Indien. Ici, toute la famille, proche ou lointaine, est protégée.

Aux Seychelles maintenant, les enfants sont également des bénéficiaires protégés. Toutefois, il y aura également une discrimination entre l'enfant naturel - voire adultérin – et l'enfant légitime car le premier fera l'objet d'une protection qui sera moindre que celle accordée au second. En effet, le Code civil seychellois (C. civ. sey. art. 908) pose le principe que l'enfant naturel n'aura droit qu'à la moitié des biens dont aurait pu être bénéficiaire un enfant légitime.

Le conjoint survivant en revanche ne sera pas dans le droit seychellois un bénéficiaire protégé dans une succession testamentaire. En effet, les articles relatifs à la réserve héréditaire (C. civ. sey. art. 915-1 et 915-2), qui sera étudiée plus loin dans le développement, n'en font pas mention. Le testateur sera donc libre, dans son testament, de l'exhéréder ou au contraire le protéger par des dispositions en sa faveur.

Au Mozambique, il en est de même. D'une part, la discrimination dans la filiation persiste dans le Code civil. Cela peut se comprendre car il date de 1966. Se retrouve alors la même règle qu'aux Seychelles, où les enfants illégitimes n'auront droit qu'à la moitié de la part à laquelle auront droit les enfants légitimes (C. civ. moz. art. 2139) notamment. Le testateur pourra cependant exhéréder son enfant si ce dernier a commis un crime envers lui, ou s'il a été condamné pour calomnie ou faux témoignage à son encontre, ou s'il a sans raison valable refusé de subvenir à ses éventuels besoins alimentaires (C. civ. moz. art. 2166). Aucune mention n'est cependant faite concernant la protection du conjoint survivant dans

[75] F.-P. BLANC, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien,* Balzac éditeur, 2015, p. 431

[76] *Ibid.*, p. 360 : pour résumer, « *il peut être homme ou femme, proche ou éloigné de l'auteur et c'est en fonction du sexe et de la proximité parentale que la Révélation, complétée par le consensus, a initialement fixé la quotité des fardhs* ».

[77] *Ibid.*, p. 403 : ceux « *dont la lignée de parenté avec le de cujus est interrompue par un héritier de sexe féminin* ». Exemples : la fille de la fille, la petite-fille de la fille de son fils.

le Code civil mozambicain, qui ne sera donc pas un héritier réservataire dans ce droit.

D'autre part, concernant le conjoint survivant, dans la succession légale, il apparaît en quatrième position après les descendants, les ascendants, les frères et sœurs et les descendants de ces derniers (C. civ. moz. art. 2133). D'autre part, l'article 2157 dans la section relative à la réserve héréditaire, dispose que les héritiers légitimes sont les descendants et les ascendants visés à l'article 2133. Le conjoint survivant ne fait donc l'objet d'aucune protection en droit mozambicain. Le testateur de cet État pourra donc en toute liberté exhéréder son conjoint, dans le cas où il sera appelé à se porter héritier, par un testament s'il le souhaite. Pour le protéger, il faudra qu'il fasse un testament en sa faveur.

À Madagascar, l'institution du *masi-mandidy,* qui sera étudiée plus en détail, confère au testateur une liberté presque absolue. Les seules limites sont l'ordre public (art. 28 de la loi du 4 juillet 1968) tout d'abord. Une deuxième limite concerne ensuite la possibilité pour les héritiers omis du testament, ou qui n'ont reçu qu'un legs manifestement inférieur à la part à laquelle ils auraient pu prétendre en l'absence de testament, de réclamer jusqu'à concurrence de cette part des biens qui n'auraient pas été recueillis par leurs bénéficiaires, ou qui n'ont pas été compris dans le testament (art. 54 de la loi du 4 juillet 1968). La troisième limite concerne enfin la possibilité pour les enfants et petits-enfants mineurs ou incapables exclus de la succession d'obtenir à titre d'aliments une part des biens légués, qui ne saurait toutefois excéder la part à laquelle ils auraient pu prétendre en l'absence de testament (art. 55 de la loi du 4 juillet 1968).

Le conjoint survivant ne sera donc pas non plus ici un bénéficiaire qui fera l'objet d'une protection particulière.

Aussi, malgré cette liberté quasi-absolue, le testateur ne peut pas tester en faveur d'un enfant adultérin car, la famille étant protégée par la Constitution malgache, de telles dispositions seraient contraires à l'ordre public. C'est ce qu'il en ressort de la jurisprudence malgache qui, dans plusieurs arrêts[78], a décidé que :

> « *(…) l'article 46 de la loi n°68.012 du 4 juillet 1968 consacre le principe du masi-mandidy, que toutefois l'article 28 du même loi dispose que les dispositions testamentaires dont l'objet est contraire à l'ordre public, à la loi ou aux bonnes sont nulles, et que l'article 20 de la Constitution déclare que l'État protège la famille, élément naturel et fondamental de la société ; Attendu en l'espèce que le testateur, en désignant comme ses seuls héritiers, les enfants qu'il a reconnus au détriment de ses enfants légitimes, visait à protéger et*

[78] Not. les arrêts de la Cour suprême de Madagascar, Formation de contrôle, du 8 août 2003 (184/99-CO) et du 3 avril 2003 (78-95-CO).

perpétuer les fruits de la situation d'adultère dans laquelle il se trouvait ;
Que l'ordre public familial, la loi et les bonnes mœurs s'opposent à la validation d'un tel testament ;
Qu'il s'ensuit que le moyen est fondé et la cassation encourue ; (...) »[79].

Il faut donc articuler l'institution du *masi-mandidy* avec le respect de l'ordre public. Cela a pour conséquence que la discrimination dans la filiation demeure toujours dans le droit positif malgache. L'enfant adultérin ne saurait par conséquent être un bénéficiaire protégé. C'est également le cas pour le conjoint survivant, dont il n'y est même pas fait référence.

En Afrique du Sud en revanche, le *Wills Act* (art. 2D (1) (b)) dispose expressément que le fait qu'une personne soit née en dehors des liens du mariage doit être ignoré concernant les testaments. Il n'y a donc pas de discrimination dans la filiation en Afrique du Sud. Aussi, comme il sera vu plus loin dans le développement concernant la réserve héréditaire, les enfants et le conjoint survivant sont des bénéficiaires qui font l'objet d'une protection particulière. Le *de cujus* ne sera donc pas libre de les exhéréder dans son testament s'il le souhaitait.

À Maurice, la discrimination dans la filiation est toujours évoquée dans le Code napoléon (not. C. civ. mru. art. 733 et art. 756). L'enfant naturel a cependant les mêmes droits qu'un enfant légitime (C. civ. mru. art. 757). Ces derniers bénéficient de la quotité disponible (C. civ. mru. art. 913) et sont donc des bénéficiaires protégés que le testateur ne pourra pas totalement exhéréder, quand bien même se serait sa dernière volonté.

Concernant le conjoint survivant, dans la succession légale, il succède au même rang qu'un enfant (C. civ. mru. art. 767) et dispose d'un droit d'usufruit – sur l'immeuble, les meubles meublants et sur les droits immobiliers qui appartenaient au défunt et qui, au jour du décès, servaient au logement principal du ménage – qui ne peut être réduit ou supprimé par des dispositions testamentaires ou par l'effet de libéralités consenties par le *de cujus* (C. civ. mru. art. 768). Le conjoint survivant ne fait pas donc l'objet d'une protection au titre de la réserve héréditaire. Il ne sera protégé qu'au titre du droit d'usufruit évoqué ci-dessus. Le Code civil mauricien l'exprime explicitement à l'article 769. Par conséquent, l'article suivant dispose que « *la part du conjoint survivant peut être réduite ou supprimée par la volonté du défunt, clairement manifestée dans un testament, ainsi que par l'effet des libéralités consenties par celui-ci* » (C. civ.

[79] Cour suprême de Madagascar, Formation de contrôle, 14 mai 2002, 51/96-CO.

mru. art. 770). Concernant le testament, il faudra donc que le testateur introduise une clause manifestant clairement sa volonté de l'exhéréder. Au cas contraire, si le testateur souhaite protéger son conjoint, il lui sera également conseillé de faire un testament au profit de ce dernier. S'il n'a pas d'enfants, la question de la protection de la réserve héréditaire ne se posera pas. S'il en a, il faudra la respecter.

Il ressort de ce qui a été étudié ci-dessus que la liberté du testateur fait l'objet d'un encadrement personnel. Si parfois le *de cujus* est libre de tester en faveur de la personne de son choix, certains bénéficiaires, tels les enfants et le conjoint survivant, font l'objet d'une protection particulière, protection qui est cependant à plusieurs vitesses dans le droit des pays des États de l'océan Indien comparés.

La liberté du testateur fait également l'objet d'un encadrement patrimonial.

2 – L'encadrement patrimonial

Le contenu du testament fait l'objet d'un encadrement patrimonial, tant du point de vue de l'ordre public successoral, qui doit – évidemment – être respecté (a) que du point de vue de l'objet sur lequel peut porter le testament, qui doit être quant à lui déterminé (b).

a – Le respect de l'ordre public successoral

L'ordre public successoral est constitué de règles, mentionnées de façon expresse ou non, qui doivent être impérativement respectées et qui ne souffriront donc d'aucune exception.

Tous les droits des États de l'océan Indien étudiés doivent par conséquent porter un respect quasiment religieux à l'ordre public, aux bonnes mœurs et à la loi, qui est une trilogie qui revient de façon constante (α.). Aussi, comme pour le bénéficiaire qui a été étudié plus haut, l'objet sur lequel porte un testament doit être déterminé (β.) afin que le légataire puisse le recevoir.

α. Une trilogie constante à respecter : l'ordre public, les bonnes mœurs et la loi

Le respect de cette trilogie, au-delà des testaments, s'impose également dans tous les actes juridiques. En effet, l'article 6 du Code civil français dispose qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. La mentionner à nouveau pour les testaments aurait donc semblé superflu. Le testament n'est cependant pas une « convention ». Ce n'est pas un acte synallagmatique. C'est un acte unilatéral. Il ne fait pas l'objet

d'une négociation entre deux parties. C'est sous cette lumière qu'il apparaît donc utile de rappeler le respect de cette trilogie concernant l'encadrement du contenu du testament. La volonté du *de cujus,* malgré tout le respect qui peut être porté aux morts, n'est pas toute puissante.

En Afrique du Sud, dans le *Wills Act,* il n'y est pas fait expressément mention. En effet, bien qu'il comporte des dispositions relatives à la confection d'un testament, ce texte est relatif à son exécution. N'étant pas un État de droit écrit au sens civiliste du terme, il a été difficile de trouver les références explicites sur ce sujet dans la loi ou la jurisprudence. Encore une fois, le manuel d'introduction au droit sud-africain de W.J. HOSTEN[80] apportera sa lumière. Ainsi, il apparaît que les conditions impossibles à réaliser (telles que « s'il fait de son mieux » ou « s'il touche le soleil »), contraire à la loi ou aux bonnes mœurs doivent être considérées non-écrites. Bien que le droit sud-africain soit issu du système juridique du *Common law,* l'influence du droit romain dans ce dernier se fait cependant apercevoir par l'emploi de locutions latines telles que *contra bonos mores*[81] ou *pro non scripto*[82]. Il est courant en effet en droit anglo-saxon de les utiliser pour nommer un procédé juridique.

Aux Comores toutefois, dans le *Minhadj,* il n'est pas expressément fait mention de cette trilogie. Cela peut se comprendre encore une fois si on prend en considération l'âge et le contexte de ce texte, qui est le plus singulier parmi tous les textes des États de l'océan Indien étudiés. En effet, il est le seul à être aussi ancien et il est le seul également qui prend sa source dans le droit musulman. Le respect de l'ordre public, des bonnes mœurs et de la loi peut se retrouver cependant à plusieurs endroits du Livre XXIX du *Minhadj* consacré aux dispositions testamentaires. Notamment, dans la phrase « *Les dispositions testamentaires au profit du public*[83] *doivent avoir un but licite*[84] », si le vocable « *licite* » peut englober « *ordre public* » et « *loi* », on retrouve ces deux premières composantes de la trilogie. Ainsi, comme il a déjà vu plus haut, un testateur ne pourra pas faire un legs pour l'entretien d'une église chrétienne ou d'une synagogue, car cela ne constitue pas un but licite pour le *Minhadj.* En revanche, le legs pour l'entretien d'une mosquée est licite et même le legs au profit d'une mosquée, sans rien ajouter de plus.

---

[80] W.J. HOSTEN *et al., Introduction to south-african law and legal theory,* Butterworth, 1995, p. 677

[81] Contraire aux bonnes mœurs.

[82] Considéré non-écrit.

[83] Le vocable « *public* », fait référence aux institutions publiques, plus particulièrement des institutions religieuses. Il s'oppose au vocable « *particulier* » qui lui fait référence aux personnes, qui sont traitées dans ce livre consacré aux dispositions testamentaire du *Minhadj.* Ce sont notamment les femmes enceintes, les pauvres, les voisins.

[84] *Minhadj,* t. 2, éd. Van Ben Berg, p. 259

Concernant les bonnes mœurs, il y est fait référence à plusieurs endroits, notamment dans la mention du mari et de la femme, concernant notamment la possibilité de tester en faveur d'un enfant simplement conçu, comme vu plus haut.

Concernant la loi, le *Minhadj* en lui-même en est une. En effet, faisant partie du droit positif comorien, ces dispositions font donc office des lois qu'il faut respecter.

Au Mozambique, d'influence civiliste maintenant, la référence est expresse. Ainsi, l'article 2186 du Code civil mozambicain dispose que sera nulle la disposition testamentaire quand il résultera de l'interprétation du testament qui a un but contraire à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ainsi, les conditions contraires à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, sont réputées non écrites, même si le testateur aurait tenté de s'en défaire en déclarant le contraire (C. civ. moz. art. 2230 al. 2). Par ailleurs, seules les dispositions concernées seront ici remises en cause et non pas le testament en entier. Pour un exemple de dispositions contraires à la loi (C. civ. moz. art. 2232 et s.), se trouvent notamment les conditions de résider ou pas dans un certain lieu, de cohabiter ou pas avec certaines personnes, de ne pas faire de testament, de ne pas transmettre à une personne déterminée les biens laissés ou de ne pas les partager ou les diviser, *etc* (v. C. civ. moz. art. 2232), ou encore d'obliger un légataire à se marier ou à ne pas se marier (C. civ. moz. art. 2233).

La liberté individuelle du testateur sera donc ici limitée pour des raisons qui seront unanimement admises. En effet, ces dispositions visent essentiellement à éviter certains abus de la part d'un testateur qui souhaiterait, de son vivant, avoir encore une emprise – plutôt importante de surcroît – sur ceux qu'il laisse après sa mort. Ces dispositions constituent donc un garde-fou qui a pour but bienfaisant d'éviter qu'il ne les contrôle depuis l'au-delà.

À Madagascar, la trilogie se retrouve également de façon explicite. Ainsi, l'article 28 de la loi du 4 juillet 1968 dispose que les dispositions testamentaires dont l'exécution est impossible ou qui ne permettent pas de déterminer leur bénéficiaire ou leur objet ou encore dont l'objet est contraire à l'ordre public, à la loi ou aux bonnes mœurs, sont nulles. Cela permettra notamment d'apporter des restrictions à l'application de l'institution du *masi-mandidy* qui sera étudiée plus loin.

Aux Seychelles, on retrouve la même restriction à l'article 900.

À Maurice, la même restriction existe au même article de son Code civil. La seule différence étant que la mention de l'ordre public ici n'est pas faite expressément. À l'instar de son homologue – voire ancêtre – français, l'article 6 du Code civil mauricien fait référence aux « mœurs ». Il ressort donc de cette comparaison linguistique que le respect de l'ordre public et le respect des mœurs

sont synonymes. Par ailleurs, le nouvel article 1102, tel qu'issu de l'ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, dispose dans son alinéa 2 que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». Ici, il faut comprendre la liberté contractuelle au sens de la liberté de faire des actes juridiques, comme l'envisageait C. BAHUREL dans sa thèse sur *Les volontés des morts*[85]. La question serait ici de savoir s'il s'agissait d'un oubli, qui a été repris par le législateur mauricien, de la part du législateur de 1804 ou simplement que c'est ce qu'il sous-entendait par le terme « *mœurs* ». Il faudra remarquer que l'adjectif « *bonnes* » ne les accompagne pas ici comme c'est souvent le cas ailleurs. Les recherches effectuées à ce sujet n'ont cependant pas permis d'y apporter une raison suffisamment convaincante. Une remarque sera cependant faite sur le caractère peut-être désuet du terme « *mœurs* » et sur le fait qu'elles ont tendance à disparaître[86] à l'heure actuelle.

Un autre aspect de l'ordre public successoral concerne maintenant la question du respect de la réserve héréditaire.

β . La réserve héréditaire

Si elle a déjà été évoquée plus haut quand les bénéficiaires protégés des différents droits des États de l'océan Indien ont été étudiés, il s'agira ici d'étudier plus particulièrement sa composition. La question de la réduction des libéralités, en cas d'atteinte à la réserve, n'étant que parfois évoquée.

Ainsi, au Mozambique, la réserve héréditaire consiste à réserver aux enfants la moitié des biens du *de cujus* si celui-ci n'a qu'un enfant et les deux tiers s'il en a deux ou plus (C. civ. moz. art. 2158). Son mode de calcul général est exposé à l'article 2162 du Code civil mozambicain. Il faut, comme en droit français, prendre compte de la valeur des biens du défunt à la date du décès (C. civ. moz. art. 2162).

À Maurice, comme en France, les libéralités ne pourront pas excéder la moitié des biens du disposant s'il a un enfant, un tiers s'il en a deux, et un quart s'il en a trois ou plus (C. civ. mru. art. 913).

Ainsi, s'il n'y a aucun ascendant ou descendant, les libéralités pourront épuiser la totalité des biens (C. civ. mru. art. 916) et il sera également possible de disposer de la totalité de la quotité disponible dans un testament au profit des enfants ou des autres successibles du donateur (C. civ. mru. art. 919).

---

[85] C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 26

[86] V. not. C. cass., civ. 1ère, 17 décembre 2015, nº de pourvoir : **14-29549 et** le fait que l'adultère en droit français ne semble plus être contraire aux bonnes mœurs.

Aux Seychelles, ce sera la même règle qu'à Maurice et qu'en France qui sera posée dans le Code civil seychellois, respectant, une nouvelle fois ici, la même numérotation que le Code civil de 1804 (C. civ. sey. art. 913).

Aux Comores, comme il a déjà été vu dans le développement concernant la protection de certains bénéficiaires, la réserve ne se limite pas à protéger les enfants ou le conjoint survivant. Elle protège quasiment l'ensemble de la famille. Chaque bénéficiaire a cependant une part bien spécifique qui lui revient. Comme il a déjà été évoqué plus haut, les dispositions sont très complexes et ne pourront être étudiées ici. Il est cependant possible de les consulter dans le Livre XXVIII du *Minhadj* consacré aux successions.

La réserve héréditaire est d'un tiers[87], et par conséquent, la quotité disponible est de deux tiers. En effet, le *Minhadj* dispose que « *les dispositions testamentaires ne sauraient excéder le tiers de la succession, et celles qui ont été faites en contravention de ce précepte de la loi, sont réductibles à la portion disponible, sur la demande de l'héritier légitime* »[88].

À Madagascar, il n'y a pas de réserve héréditaire à proprement parler en raison de l'existence de l'institution bien particulière qu'est le *masi-mandidy* qui sera étudié ci-après. Comme il a déjà été vu concernant les trois limites de cette institution, la loi du 4 juillet 1968 accorde simplement à l'héritier qui a été omis du testament ou qui n'a reçu qu'un legs manifestement inférieur à la part à laquelle il aurait pu prétendre en l'absence de testament, le droit de réclamer jusqu'à concurrence de cette part, des biens qui n'ont pas été recueillis par leurs bénéficiaires ou qui n'ont pas été compris dans le testament (art. 54 de la loi de 1968). Elle accorde également aux enfants et, s'il n'en existe plus, aux petits enfants mineurs ou incapables, qui ont été exclus expressément ou implicitement de la succession de leur auteur, la possibilité d'obtenir judiciairement, à titre d'aliments une part des biens légués qui ne saurait toutefois excéder la part à laquelle ils auraient pu prétendre en l'absence de testament. Ils auront un an pour intenter cette action (art. 55 de la loi de 1968).

En Afrique du Sud, il n'y a pas non plus de réserve héréditaire à proprement parler. Mais les enfants ont cependant le droit, au même titre qu'en droit malgache

[87] F.-P. BLANC dans son manuel d'*Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien* nous apprend que la reserve des deux tiers trouve son origine dans un *hadith* célèbre : EL BOKHÂRI, LV, II, 1, t. 2, p. 262. La tradition est rapportée par Said-ben-Abou-Ouaqqâs : « Le Prophète vint me rendre visite pendant que j'étais malade à la Mecque … Ô envoyé de Dieu, lui exposai-je, je vais léguer par testament tout ce que je possède. – Non me répondit-il. – La moitié ? – Non. – Le tiers ? – Le tiers, oui, et c'est beaucoup, reprit-il ; mieux vaut que tu laisses tes héritiers riches que pauvres et réduits à tendre la main aux passants ».

[88] *Minhadj, t.* 2, éd. Van Den Berg, p. 263.

vu précédemment, de réclamer sur l'héritage une part pour leurs entretien et besoins[89]. La même possibilité, dans la limite du raisonnable, est donnée par le *Maintenance of surviving Spouses Act 27 of 1990* au conjoint survivant, qui ne sera pas capable de subvenir à ses propres besoins.

Après avoir vu l'encadrement patrimonial du point de vue du respect de l'ordre public successoral, il sera maintenant abordé du point de vue de la détermination de l'objet.

b – La détermination de l'objet

Comme pour le bénéficiaire, étudié plus haut, l'objet sur lequel peut porter un testament doit être déterminé dans tous les droits des États de l'océan Indien étudiés. Il doit donc *a fortiori* exister.

Ainsi, si le legs porte sur une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner une chose de la meilleure qualité, et il ne pourra pas non plus offrir une chose de la plus mauvaise. (C. civ. mru. et C. civ. sey. art. 1022).

Par conséquent, il ressort de toutes les législations comparées que si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du législateur, le legs sera caduc[90]. Ce sera notamment le cas en droit mauricien et seychellois (C. civ. Mru. et C. civ. sey. art. 1042). En effet, l'acte testamentaire ne prenant vie qu'à la mort du *de cujus*, il faut que les dispositions qui le composaient puissent porter leurs effets à la date de l'acte, ce qui ne sera pas possible si l'objet a disparu.

Ainsi, les conditions impossibles à réaliser, évoquées dans les articles relatifs au respect de l'ordre public, de la loi et des bonnes mœurs, ne pourront pas non plus avoir d'effet et ne seront pas valides[91].

Le testateur doit également être propriétaire des biens qu'il lègue, notamment en droit malgache, l'article 48 de la loi du 4 juillet 1968 dispose que « le legs de la chose d'autrui est nul ». La même règle sera posée par les articles 1021 des Codes civils mauriciens et seychellois.

Il sera cependant possible de léguer des choses futures mais certaines. Ainsi, aux Comores, dans le *Minhadj*, un testateur peut léguer l'usufruit d'objet qui ne se consomme point par l'usage, les fruits futurs d'un arbre, les petits futurs d'un animal, d'une chose impure, pourvu que l'usage n'en soit pas défendu par la loi, par exemple un chien dressé, du fumier, du jus de raisin non destiné à la

[89] *Carelse vs. Estate de Vries* (1906) 23 SC 532.

[90] V. aussi en droit malgache, loi du 4 juillet 1968, art. 52 : Le legs est caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur. Il en est de même si elle a péri depuis sa mort, sans le fait et la faute de l'héritier ou du légataire universel.

[91] Revoir not. C. civ. mru. art. 900 (et aussi C. civ. sey. art. 900 traduit en anglais).

fermentation[92]. Si les dispositions paraissent archaïques ici, c'est en raison une nouvelle fois de la date et du contexte à laquelle a été écrit ce texte. En effet, il sera difficile de voir pousser du raisin aux Comores.

B. – La liberté individuelle privilégiée

Comme cela a été évoqué en introduction, la liberté individuelle est de plus en plus présente dans le testament aujourd'hui. Bien qu'elle n'ait pas fait l'objet de nombreuses réformes dans les droits des États de l'océan Indien comparé et qu'elle soit encadrée afin d'éviter des abus de la part du testateur, elle est dans certains cas privilégiée. Ainsi, si un testateur est libre de disposer par testament, il est également libre de ne pas le faire. Tester est aujourd'hui un droit et non plus un devoir comme c'était le cas jadis en Droit romain. Il est également libre de révoquer son testament (2) dans le cas où il en avait rédigé un. Si cette liberté est commune à tous les droits des États de l'océan Indien qui font l'objet de la présente étude, il y a un droit qui se distingue par la liberté presque totale qu'a le *de cujus* de tester. Il s'agit du droit malgalche, avec l'institution du *masi-mandidy* (1).

1 – l'institution du *masi-mandidy* à Madagascar

Comme elle a été évoquée dans les développements précédents, une grande originalité apparaît à l'article 46 de la loi du 4 juillet 1968 avec l'institution du *masi-mandidy*[93] qui donne à toute personne la possibilité par testament de disposer librement de ses biens à qui il souhaite (loi du 4 juillet 1968, art. 46). C'est une grande liberté de tester qui est ici offerte au testateur. Aussi, l'alinéa 1er de l'article 54 de la même loi dispose que l'exhérédation devra être formellement exprimée par le testateur.

Les articles 28, 54 à 57 de la même loi apportent cependant quelques réserves. Elles ont déjà été évoquées pour l'essentiel dans le développement qui a été consacré à la réserve héréditaire et ne sera donc pas repris ici. Il ressort donc de ce qui a été étudié que la protection des héritiers n'est que très limitée en droit malgache concernant la dévolution testamentaire. Ainsi, si le testateur souhaite exhéréder une personne, ce sera possible pour lui de le faire, en l'exprimant formellement dans son testament.

La liberté individuelle s'exprime donc d'une façon particulièrement privilégiée en droit malgache.

---

[92] *Minhadj*, T. 2, éd. Van Den Berg, p. 261.
[93] À prononcer : *massi-mandid'*

Là où la liberté individuelle s'exprime d'une façon tout aussi privilégiée dans tous les droits des États de l'océan Indien cette fois, c'est dans le caractère révocable du testament.

2 – La libre révocabilité : caractère intrinsèque du testament

Corollaire du caractère unilatéral du testament, il est révocable à tout moment par son rédacteur. Ce caractère se retrouve dans tous les droits des États de l'océan Indien qui font l'objet de ce mémoire, notamment dans sa définition même. Celle-ci ayant déjà fait l'objet d'une analyse et d'une comparaison au début de ce mémoire, elle ne sera plus évoquée ici.

Sera rapidement vue ici comment un testament pourra faire l'objet d'une révocation, Le droit français aura par ailleurs la même procédure. Elle peut ainsi se résumer de la manière suivante : la révocation est une faculté qui peut être exercée de façon expresse ou tacite. Elle ne doit cependant pas être équivoque.

Ainsi, à Maurice comme aux Seychelles, dans les mêmes articles que le Code civil français une nouvelle fois, un testament ne pourra être révoqué que par un testament postérieur ou par un acte devant notaire portant déclaration du changement de volonté (C. civ. mru. et C. civ. sey. art. 1035). Aussi, le testament postérieur devra révoquer le précédent de façon expresse. Le cas échéant, il n'annulera que les nouvelles dispositions qui sont incompatibles avec les précédentes (C. civ. mru. et C. civ. sey. art. 1036). Enfin, la révocation faite dans un testament postérieur aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir (C. civ. mru. et C. civ. sey. art. 1037).

Au Mozambique, les mêmes règles sont en vigueur aux articles 2311 à 2313 du Code civil mozambicain. L'article 2311 précise quant à lui que le testateur ne peut pas renoncer à cette faculté de révocation dans tout ou partie de son testament et que les clauses qui remettraient en cause cette faculté de révocation seront réputées non écrites.

À Madagascar, le testateur a toujours la possibilité de révoquer entièrement son testament, en le déclarant de façon expresse, dans les formes requises pour sa validité (loi du 4 juillet 1968, art. 49). Il peut *a fortiori* n'en révoquer qu'une partie, ce qui sera le cas notamment si le testateur, dans les mêmes formes, prend une disposition qui ne peut être exécutée en même temps qu'une autre clause du testament.

En Afrique du sud, W.J. HOSTEN rappelle de façon générale dans son manuel *d'Introduction ou droit sud-africain*[94] que la capacité pour un testateur de révoquer est la même que celle qu'il a de tester, capacité qui n'a pu être qu'évoquée en introduction de ce mémoire. Ainsi, il devra être sain d'esprit, capable et ne pas voir sa volonté viciée pour être capable juridiquement de tester et de révoquer son testament.

De plus, l'auteur rappelle qu'il existe deux façons de révoquer un testament. La première est de le faire expressément dans un testament postérieur qui révoquerait l'ancien, comme il a été vu dans l'étude des droits des États précédents. La deuxième façon consiste simplement à déchirer ou à brûler son testament avec l'intention de le révoquer (*animo revocandi).*

Dans l'ensemble, le droit sud-africain ressemble donc aux droits de coutumes civilistes évoqués avant lui.

Aux Comores, les choses sont cependant différentes en droit positif. La forme classique du testament comorien étant orale, la révocation se fera donc dans la même forme. C'est cependant ici la seule différence. Ainsi, le *Minhadj*[95] dispose que la révocation peut avoir lieu verbalement en prononçant par exemple les paroles « *Je romps le testament* », « *Je l'annule* », « *Je le révoque* », « *J'y renonce* » ou « *L'objet que je viens de léguer n'en sera pas moins à mon héritier* ». La révocation peut également avoir lieu par le fait d'avoir disposé de l'objet légué, par la charge imposée par un testament postérieur à l'héritier de disposer de l'objet légué et par le mandat de vendre l'objet. Ces dernières manières de révoquer rejoignent ici celles des autres droits étudiés ci-avant.

CONCLUSION

Le regard porté sur la confection du testament dans le droit comorien, mauricien, malgache, mozambicain, seychellois et sud-africain a permis de déceler beaucoup de points communs ainsi que beaucoup de singularités en la matière. Si tous les États de l'océan Indien comparés s'accordent dans les grandes lignes, le regard juridique français peut toutefois être surpris. Dans sa forme tout d'abord, des singularités notoires apparaissent, telles que l'admission du testament conjonctif dans le droit malgache et du testament oral dans le droit comorien pour les plus flagrantes. Dans son contenu ensuite, la liberté accordée à cette institution dans certains droits, le droit malgache notamment, peut également

[94] W. J. HOSTEN, *Introduction to South-African law and legal theory,* Butterworh, 1995, p. 675.
[95] *Minhadj,* t. 2, éd. Van Den Berg, p. 278 et 279.

surprendre. Les États de l'océan Indien comparés font pourtant partie de la même zone géographique.

Par ailleurs, s'il est le reflet de la propension humaine à vouloir tout contrôler, même au-delà de la mort, la conclusion peut être faite qu'il est également le reflet de l'histoire de chaque État qui l'intègre dans son droit. Tous sans exceptions, avec les particularités qui leurs sont propres, admettent d'ailleurs la possibilité de dresser un tel acte.

L'histoire du testament elle-même est d'ailleurs très riche. Si elle n'a pas pu être étudiée dans le détail, comme beaucoup de points plus actuels du testament, telles que son interprétation et son exécution, elle ressort de cette étude comparée. Le testament est en effet une institution qui a traversé les siècles, voire les millénaires.

Aussi, pour Charles BAHUREL, les romains avaient déjà tout inventé en la matière et « *dans les siècles à venir, les juristes vont sans cesse, et parfois sans le savoir, venir puiser dans la tradition romaine* »[96]. C'est en effet ce qu'il en ressort de l'étude comparée effectuée.

Dans l'époque contemporaine, il serait alors opportun que les juristes de l'océan Indien s'accordent pour créer et mettre en place un fichier central commun (le droit romain y avait-il déjà pensé ?) à la zone Océan Indien, tel le Fichier Central des Dispositions de Dernières Volontés en France ou le *South African Registry of Wills and Testaments* en Afrique du Sud, qui permettrait de retrouver instantanément chaque testament confectionné dans l'un des États de l'océan Indien, afin de leur assurer une plus grande effectivité dans les meilleurs délais.

RÉFÉRENCES

Législations

Codes

– Code civil français.
– Code civil du Mozambique[97].
– Code civil de Maurice.
– Code civil des Seychelles[98].

[96] C. BAHUREL, *Les volontés des morts*, Lextenso Éd., LGDJ, 2014, p. 22
[97] http://landwise.resourceequity.org/record/881 (consulté le 23 avril 2018).
[98] http://greybook.seylii.org/w/se/CAP33#!fragment/zoupio-_Toc464194571/KGhhc2g6KGNodW5rxIVhbsSHb3JUZXh0OnpvdXBpby1fVG9jNDY0MTk0NTcxKSxub3Rlc1F1ZXJ5OicnLHNjcm9sbEPEiMSKOiFuxLplYXLEh8SyxLTEtsS4xYfFicSHU8SQdELEtlJFTEVWQU5DRSx0YWI6dMSgKSk (consulté le 23 avril 2018).

Lois et ordonnances nationales

France

– Loi nº 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

– Loi nº2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités .

– Loi nº 2015-77 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

– Ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Afrique du Sud

– *Wills Act* 7 (1953).

– *Maintenance of surviving Spouses Act 27 of1990.*

– *Immovable Property (Removal or Modification of Restrictions) Act* 94 *of* 1995.

– *Administration of Estates Act* 66 (1965).

Comores

– *Minhadj, t. 2, éd. Van Den Berg*[99].

Madagascar

– Loi nº 68-012 du 4 juillet 1968 relative aux successions, testaments et donations.

Conventions internationales

– Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

– Convention de la Haye du 26 octobre 1961 sur les conflits de loi en matière de forme de disposition testamentaire[100].

– Convention de Washington du 26 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international[101].

Ouvrages :

– C. BAHUREL, *Les volontés des morts, vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, LGDJ Bibliothèque de droit privé, 2014

– B. BEIGNER *et al*, *Introduction au droit*, Lextenso éd., LGDJ, 2014

– F.-P. BLANC, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien,* Balzac éditeur, 2015

– R. P. CALLET par G. S. CHAPUS et E. RATSIMBA, « *Histoire des Rois, traduction du tantanran'ny Andriana »,* Tome 1, Académie malgache, 1953

– P. GUY, *Études de droit musulman comorien, Les successions*, 1980

[99] https://archive.org/details/minhdjalib02yayiuoft (consulté le 23 avril 2018).

[100] https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=40 (consulté le 23 avril 2018).

[101] www.unidroit.org/fr (consulté le 23 avril 2018).

– E.P. THÉBAULT, *Traité de droit civil malgache – Les lois et coutumes Hovas,* R. de COMARMOND, JOUVE et Cie éditeurs, 1953

Articles

– A. G. CHLOROS, *Codification in a mixed jurisdiction, The civil and commercial law of Seychelles,* North-Holland publishing company, 1977.

– J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales,* Revue international de droit compare, Vol. 39, nº1, 1987.

– E. NJARA, *Le droit successoral malgache,* Rev. Droit et Cultures 1997, 5.

– J. RANDRIANARISOA, *Le testament et la protection de la famille légitime contre les libéralités du défunt en droit malgache,* Rev. jur. pol., 1972, p. 733 à 739.

– J.-L. VAN BOXSTAEL, *Le testament international,* rev. Notamus, Département juridique de la Fédération royage du notariat belge, Vol. 2015, no. 2, 2016.

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES
SCIENCES POLITIQUES ET ADMINISTRATIVES

Démocratie locale et décentralisation à Madagascar. Essai sur la notion d'impératif de citoyenneté dans la gouvernance locale

Tsantaniaina Herizo ANDRIAMIFIDY

Juriste consultant[1]

Master II Droit public et Science politique (promotion 2015/2016) –

Faculté des Sciences Sociales – Université Catholique de Madagascar –

Résumé :

Les notions de démocratie locale et de décentralisation surgissent en permanence en matière de gouvernance locale. Pourtant, l'aspiration à la bonne gouvernance locale s'est essentiellement formulée sur la base des rapports entre décentralisation et déconcentration, qui ont tant bien que mal déterminé l'autonomisation des collectivités territoriales malgaches. Le lien entre démocratie locale et décentralisation n'a suffisamment été approfondi, se suffisant à une vague énonciation. Une exploration du lien propose une autre appréhension de la bonne gouvernance locale et une approche ascendante de l'autonomisation des collectivités territoriales, établies sur la base de la citoyenneté. Cela se cristallise à travers l'alimentation de la conjugaison de la démocratie locale et de la décentralisation par la notion d'impératif de citoyenneté, socle de la bonne gouvernance locale. La formule Impératif + Citoyenneté implique une rupture avec l'illusion de l'unicité du champ d'action, un agencement structurel et organisationnel, la recherche de l'existence d'une identité sociale, politique, économique et culturelle ainsi que des pactes locaux. Ainsi, la réflexion sur l'action publique et le développement local, en termes de gouvernance locale, admet l'existence et l'importance d'une multitude d'acteurs individuels et collectifs qui vont peser sur le devenir d'un champ d'action.

Mots-clés :

Collectivités territoriales, démocratie locale, décentralisation, gouvernance locale, citoyenneté

[1] L'auteur peut être joint à l'adresse mail suivante : herizobodorandriamifidison@gmail.com.

Abstract :

The notions of local democracy and decentralization are constantly emerging on the subject of local governance. However, the aspiration for a good local governance has essentially been formulated on the basis of the relationship between decentralization and deconcentration, which in turn have somehow determined and shaped the autonomy of local authorities in Madagascar. The link between local democracy and decentralization has not been sufficiently addressed, it is limited to a simple statement. A further exploration of the above mentioned link provides another understanding of a good local governance and a bottom-up approach to empowering the autonomization of local governments based on the premise of citizenship. The framework of such prospect is initiated and reinforced thus by means of the combination of local democracy and decentralization through the notion of the "imperative" of citizenship, the bedrock of a good local governance. The adoption of the "imperative + citizenship" formula implies a break from the illusion of single-faceted field of action, an initiation of a structural and organizational arrangement, and a search for a social, political, economic and cultural identity as well as local pacts. Thus, the discussion on public actions and local development, in terms of local governance, acknowledges the existence and the importance of a multitude of individual and collective actors who will influence the future of a field of action.

Key-words:

Territorial communities – Local democracy – Decentralization – Local governance - Citizenship

Introduction. L'histoire de l'humanité reflète l'image d'une odyssée éternelle sans boucle prévisible et définie dans laquelle seule la réalité semble être le principal héritage concret qui persiste constamment. Nombreux sont ceux qui s'essaient à poser les bornes de l'humanité mais se heurtent souvent à des problématiques dont les réponses sont parfois variables et dynamiques. Éventuellement, cette réalité retrace les aspects tangibles de l'histoire de l'humanité, tantôt ses moments de force tantôt ses moments de faiblesse. L'humanité ne peut uniquement être de passage et ne peut exister que dans un environnement qui lui est vital et viable. Cet environnement peut être apprécié comme une société dans laquelle l'humanité est en relation avec elle-même pour établir une harmonie positive que l'on désigne communément cohésion sociale. La cohésion sociale – perçue comme un lien social – est « L'ensemble des processus et des mécanismes qui permet de faire en sorte que la société « tienne » ou, autrement dit, qui permet de « faire société ». La cohésion sociale correspond donc, pour une société donnée, à la nature et à l'intensité des relations sociales qui existent entre ses membres. »[2]. M. GRAWITZ[3] identifie la cohésion sociale comme « La solidarité des membres d'un groupe résultant de l'attraction réciproque ou de la complémentarité des individus qui le composent, d'une communauté de buts, d'actions, de normes. »[4]. La dialectique gouvernants – gouvernés dénote, d'une certaine manière, la quintessence de l'harmonie sociale pouvant hypothétiquement servir de pivot pour le développement d'un pays. La confiance et la collaboration seraient à la fois les éléments conditionnels et les enjeux dans le cadre du développement. Les gouvernants représentent l'entité qui décide, les gouvernés celle qui dispose. Mais les rapports de force ne sont toujours pas en faveur des gouvernants – pouvant à tout moment basculer en faveur des gouvernés – dès lors que les gouvernants n'arrivent plus à satisfaire les attentes des gouvernés, provoquant la paralysie du système et parfois sa refondation. À cet égard, il est essentiellement salutaire de préserver la stabilité du système en renforçant le lien social dans la société, lien social considéré ici comme le lien entre les gouvernants et les gouvernés, pour une réciprocité durable d'intérêts et d'échanges. La logique serait que le citoyen s'identifie à sa collectivité et participe à son développement. L'idée de priorisation de la citoyenneté ne doit être ni écartée ni suppléée.

La notion d'impératif[5] de citoyenneté prolonge l'expression démocratique selon laquelle le peuple serait à l'origine du pouvoir politique dans ses rapports avec

[2] A. BEITONE, C. DOLLO, J. GERVASONI et C. RODRIGUES, *Sciences sociales*, 6e Ed., Paris, Dalloz, coll. Aide-mémoire, 2009, p. 192.
[3] Professeure émérite à l'Université de Paris I, agrégée de droit public.
[4] M. GRAWITZ, *Méthode des sciences sociales*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 1019.
[5] Un impératif est un commandement catégorique qui n'est subordonné à aucune condition. Il peut s'imprégner des caractères d'un ordre absolu et/ou d'une nécessité incontournable et primordiale.

la société et le droit[6]. Il aurait pour raison d'être et finalité le peuple. La participation du citoyen au développement de sa collectivité ne peut être qu'une réaction ou un réflexe de nature. Cependant, ce réflexe naturel peut souvent rompre avec sa vélocité voire s'épuiser dans la mesure où sa sensibilité est restreinte par la substance qu'on lui accorde. En effet, la composante participation ne peut satisfaire et garantir à elle seule l'effectivité de la citoyenneté dans la gouvernance locale. L'évolution vers l'impérativité voire l'état culturel de la participation citoyenne doit procéder de l'ancrage d'une idée sacrée de la citoyenneté.

Le cas malgache éveille une certaine inquiétude. Les réformes précoces et continuelles n'ont permis un attachement identitaire et une stabilité au modèle de gouvernance locale malgache. Les initiatives prises présentaient plus une formule technique légèrement décalée de la réalité. L'histoire narre le récit d'un esprit décentralisé contradictoire de l'autonomie et de la démocratie locales orienté vers une décentralisation monopolisée par les élus et les techniciens au détriment des citoyens perdus dans sa complexité technique[7] ; peu ont été les initiatives fondées sur une approche mettant en valeur le citoyen. Ainsi, l'idée est de projeter une image qui semble à un mécanisme dans lequel la démocratie locale et la décentralisation – reliées et liées par la notion d'impératif de citoyenneté – formeront un engrenage alimenté par cette même notion, pour obtenir un résultat subsidiaire qu'est la bonne gouvernance et un résultat à une échelle plus élevée qu'est le développement. Le dilemme du gouvernement malgache – entre une volonté d'achever le processus de décentralisation effective dans les règles démocratiques et une angoisse de basculer vers une autonomie plus poussée – fait stagner le processus de décentralisation et détacherait occasionnellement la décentralisation de ses racines démocratiques. À cet égard, le renouement de la décentralisation avec la démocratie embraserait le lumignon désuet – du fait des arcanes de la technicité de la décentralisation – de la participation citoyenne. L'étude s'évertue à revaloriser la citoyenneté et les valeurs communautaires dans la gouvernance locale. Elle intègre le cénacle des initiatives développées pour achever excellemment le processus de décentralisation en adéquation avec le processus de démocratisation. Elle apporte un nouvel aperçu de la décentralisation plus réaliste que technique.

L'éclosion d'un modèle de gouvernance locale sur la base de la notion d'impératif de citoyenneté résulte de la recherche d'une logique de connexité entre la démocratie locale, la décentralisation, l'impératif de citoyenneté et la bonne gouvernance locale ; la question de sa floraison s'essaie à analyser son appréhension et sa mise en œuvre en fonction des particularités des collectivités territoriales[8] ; la

[6] Ne pouvant pas concevoir une réalité physique, la notion de peuple paraît infiniment abstraite. Toutefois, elle suppose une existence politique qui fait défaut à la notion de population. Son sens varie en ce que la souveraineté soit populaire ou nationale.

[7] La politique de décentralisation est-elle réellement internalisée ?

[8] Une collectivité se révèle être, à la source, plus une notion sociologique qu'administrative. Elle serait admise comme un groupe social dans lequel les rapports entre les individus (ou

question de sa vitalité s'interroge sur ses dynamiques et les prétentions d'affinement à son égard. Peut-on établir les coordonnées d'une interférence entre la démocratie locale, la décentralisation, l'impératif de citoyenneté et la bonne gouvernance locale ? En quoi les rythmes de l'impératif de citoyenneté dans la gouvernance locale impacteraient-ils la définition et la mesure de l'effectivité de la bonne gouvernance locale, celle de la décentralisation et celle de l'autonomie locale ? En définitive, que seraient la validité et le rôle factoriel de la notion d'impératif de citoyenneté dans l'effectivité de la bonne gouvernance locale au regard du système de la décentralisation ?

La réflexion s'inspire d'un passage d'A. DE TOCQUEVILLE[9], écrivant : « C'est au niveau local que réside l'énergie d'un peuple libre ; les institutions locales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science, elles la mettent à la portée de tous. »[10]. Elle repose sur l'équation suivant laquelle l'effectivité de la bonne gouvernance locale serait la résultante de la fonction (impératif de citoyenneté) conjuguant la démocratie locale et la décentralisation, une équation assez complexe qui justifie la subtilité de l'enracinement de la notion d'impératif de citoyenneté dans la gouvernance locale (I) mais relativement enrichissante en ce sens qu'elle révèle la quintessence du développement de la notion d'impératif de citoyenneté dans la gouvernance locale au regard du système de la décentralisation (II).

---

membres du corps social) sont régis par des règles et normes propres à la collectivité. La qualification d'une collectivité territoriale s'établit sur quatre critères cumulatifs : la personnalité morale de droit public, l'existence des affaires et intérêts propres, le pouvoir de décision et le contrôle de l'Etat. La personnalité morale de droit public permet aux collectivités d'affirmer leur caractère propre. Elles seront distinctes de l'Etat et agiront en leur propre nom et pour leur propre compte. La Constitution malgache du 11 Décembre 2010 la garantit en son Article 139 : « Les Collectivités Territoriales Décentralisées, dotées de la personnalité morale et de l'autonomie administrative et financière, constituent le cadre institutionnel de la participation effective des citoyens à la gestion des affaires publiques et garantissent l'expression de leurs diversités et de leurs spécificités. […] ». L'existence des affaires et intérêts propres s'est formulée à partir du fait que l'existence des collectivités procède de la considération que l'Etat n'est pas le seul représentant des intérêts qui sont en présence dans la société. Le pouvoir de décision constitue une compétence générale des collectivités territoriales, l'aptitude à prendre toute décision dans l'intérêt de sa population. Le contrôle de l'Etat est un contrôle fait sur les actes et les organes des collectivités par les agents de l'Etat chargés de contrôler leur légalité.

[9] Philosophe français du XIXème siècle (1805-1859), licencié en Droit et nommé juge auditeur au tribunal de Versailles. Il publie *De la démocratie en Amérique* à son retour des États-Unis et devient avocat. Il sera plus tard élu député, conseiller général de la Manche et ministre des affaires étrangères. Il reste l'un des principaux penseurs modernes.

[10] A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 6e Ed., vol. 1, Charles Gosselin, 1838, p. 94.

I.- La subtilité de l'enracinement de la notion d'impératif de citoyenneté dans la gouvernance locale

L'enracinement de la notion d'impératif de citoyenneté dans la gouvernance locale s'illumine à partir d'une connexion radiale entre la démocratie locale et la décentralisation convergeant vers la notion d'impératif de citoyenneté pour la promotion de la bonne gouvernance locale. La mise en relation de la démocratie locale, de la décentralisation, de la notion d'impératif de citoyenneté et de la bonne gouvernance locale semble d'une telle subtilité qu'elle répond conjointement à une théorie énigmatique et à une réalité mythique. Si la théorie s'interroge sur l'existence et la substance d'un lien entre démocratie et décentralisation (**A**), la réalité nous interpelle sur le travail subordonné et complémentaire entre la démocratie locale, la décentralisation, l'impératif de citoyenneté et la bonne gouvernance (**B**).

A.– Une théorie énigmatique : le lien entre démocratie et décentralisation

Il est difficile d'établir un lien théorique entre démocratie et décentralisation : si la démocratie est d'essence politique, la décentralisation est de substance juridique. Toutefois, de cette considération – tout du moins générique – se dégagent deux approches dont une approche dissociative (1) qui s'annexe à une approche interactionnelle (2), à la lumière des éléments édificateurs de la démocratie et de la décentralisation.

1 – Une singularité élémentaire entre démocratie et décentralisation : les principes directeurs respectifs

Relativement à une observation primaire, la démocratie profile une volonté visant à instaurer une identité entre gouvernants et gouvernés. Suivant un paradigme plus élaboré et philosophique, la démocratie serait le seul régime qui respecte l'individu et ses droits, le seul régime donc qui soit compatible avec la nature divine de l'Homme. Mais l'aventure démocratique ne se donne pas pour autant à se rassurer. Elle se trouve inscrite dans une logique pervertie de la sélection d'un personnel politique, orientée vers la conquête voire la conservation du pouvoir. Son aventure dépeint aussi bien les chroniques de sa défectuosité que le récit de sa quintessence.

Les principes directeurs qui forment le socle de la démocratie sont suscités à travers l'égalité, la légalité et la liberté. La démocratie suppose l'égalité entre les citoyens sans distinction. Cette égalité est admise formellement comme une égalité

de droit et non une égalité de fait[11]. Elle suppose également l'affirmation de la légalité qui signifie généralement l'obéissance aux règles. L'idée de liberté est la plus importante dans le cadre du processus de démocratisation. La démocratie évoque une certaine liberté politique en référence à la notion d'impératif de citoyenneté. Cette liberté démocratique est aussi mise en relief au niveau de l'expression d'opinions individualisées ou collectivisées. Tels sont les principes fondamentaux de la démocratie à partir desquels l'on pourra tirer ses conditions d'effectivité. Les conditions d'effectivité de la démocratie résident dans la prévalence de la volonté des plus nombreux et l'éducation du peuple aux valeurs de la démocratie. Faire prévaloir la volonté des plus nombreux renvoie à l'idée de respect de la loi de la majorité, sans pour autant négliger ou déconsidérer la minorité. Éduquer le peuple aux valeurs de la démocratie semble judicieux et essentiel pour le citoyen dans son droit à peser sur l'action publique ; il s'agit de conscientiser le citoyen pour le rendre apte à confronter les programmes et les raisonnements, d'intellectualiser les conflits, les discussions et les débats. Ce qui constitue la fonction pacificatrice de la démocratie.

Par ailleurs, la décentralisation se matérialise conventionnellement par les rapports entre État central et collectivités territoriales. En d'autres termes, il s'agit d'une dialectique centre – périphérie[12]. On a souvent tendance à considérer – du point de vue significatif – la décentralisation comme le paradoxe de la centralisation[13]. Cependant, le paradoxisme est plutôt extrême car la décentralisation pourrait justement se comprendre comme un aménagement externe de la centralisation[14]. La décentralisation résume les actions de transfert de responsabilités de l'administration centrale vers les collectivités et opère un dessaisissement par le bas[15]. Elle est fortement articulée autour des idées

[11] Les règles de droit s'appliquent aux citoyens qui sont dans une situation identique de manière égale et celle égalité n'exclut pas la diversité (similitude et universalisme).

[12] J. FERSTENBERT, F. PRIET et P. QUILICHINI, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 2009, p. 32.

[13] Généralement perçue comme la domination d'un pouvoir unique sur tout le territoire. A. DE TOCQUEVILLE la dépeint comme le fait de concentrer en un même lieu et dans une même main le pouvoir de diriger, in A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 6e Ed., vol. 1, Charles Gosselin, 1838, p. 138. Le système centralisé incarne, à sa façon, les idées de sauvegarde de l'Etat indivisible, de conciliation et de garantie des acquis. L'État purement unitaire ne peut qu'être purement centralisé. La centralisation ne peut atteindre son paroxysme que lorsque toutes les fonctions seront remplies par un organe unique, dès lors que toutes les normes seront créées et appliquées par un seul et même organe. Toutefois, l'idée d'atteindre le pinacle de la centralisation semble utopique car la variation des degrés de centralisation suscite deux formes d'organisation administrative découlant de celle-ci étant la concentration et la déconcentration.

[14] M. DE VILLIERS et A. LE DIVELLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 7e Ed., Paris, Dalloz, 2009, p. 101.

[15] P. PACTET et F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 28e Ed., Paris, Dalloz, 2009, p. 116.

d'autonomie et de possession de pouvoirs propres. D. CHAGNOLLAUD[16] écrivait à propos de la décentralisation : « La décentralisation consiste dans le transfert de compétences du pouvoir central à d'autres autorités dotées de la personnalité morale, gérant elles-mêmes leurs affaires au moyen d'organes propres. La décentralisation ainsi définie implique que les domaines spécifiques d'action soient reconnus à ces autorités. Par ailleurs, ces collectivités dotées de la personnalité morale ont donc une autonomie administrative et financière. Enfin, si elles s'administrent elles-mêmes, elles demeurent sous le contrôle de l'État. »[17]. Elle serait aussi un moyen d'uniformisation des chances de développement, permettant la promotion de l'unité nationale et la réduction des inégalités.

L'esprit de la décentralisation édifie ses principes autour des idées d'autonomie, de liberté, d'égalité et de communauté. Néanmoins, la décentralisation ne peut rendre compte du pouvoir reconnu aux collectivités territoriales de prendre spontanément et systématiquement toute décision dans l'intérêt de la population sur le fondement de leur titre de compétence générale ; il serait abusif de ramener les initiatives propres des collectivités sous l'idée de décentralisation, puisqu'en agissant d'elles-mêmes, les collectivités n'exercent rien qui aurait auparavant appartenu à l'État et que celui-ci leur aurait conféré. On est donc dans une situation juridique et logique distincte que peut exprimer l'idée d'auto-administration. La conjugaison de ces deux notions (décentralisation et auto-administration) est utile lorsque l'idée d'auto-administration intervient dans l'ordre décentralisateur pour au moins atténuer le rapport de subordination. Cependant, l'idée d'autonomie reste limitée en ce sens que les collectivités territoriales demeurent soumises à un certain contrôle dit la tutelle. La tutelle s'exerce sur les personnes et leurs actes (approbation préalable ou contrôle *a priori*, approbation annulable ou contrôle *a posteriori*, pour illégalité ou pour simple inopportunité). Le principe de libre administration renforce également le droit des collectivités territoriales. Il traduit un droit pour les collectivités de s'administrer par des conseils élus. Il suppose une libre administration institutionnelle et une libre administration de gestion. La libre administration institutionnelle signifie pour les collectivités territoriales une autonomie institutionnelle quant au choix de leur structuration. Elles disposent d'une liberté institutionnelle dans le choix des membres de leurs conseils par voie électorale. Cette libre administration institutionnelle suppose également une liberté d'organisation qui, toutefois, reste limitée car les collectivités territoriales ne disposent pas encore d'un pouvoir d'auto-organisation[18]. En effet, l'organisation et

[16] Professeur à l'Université Paris II Panthéon – Assas. Ancien membre du Tribunal Suprême de Monaco et du Conseil Supérieur de la Magistrature, aujourd'hui membre de la Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit (Commission de Venise).

[17] D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain*, Tome 1, 6e Ed., Paris, Dalloz, coll. Cours, 2009, p. 187.

[18] Le pouvoir d'auto-organisation n'est encore garanti ni par la Constitution malgache du 11 Décembre 2010 ni par les autres textes relatifs à la décentralisation et au droit des collectivités territoriales.

le fonctionnement des collectivités territoriales demeurent déterminés au préalable par le législateur, une situation qui engorge le pouvoir d'auto-organisation. La libre administration de gestion constitue une garantie de la liberté des collectivités territoriales. L'évolution du droit de la décentralisation exige que les collectivités territoriales soient protégées contre l'État décentralisateur. Elles seront dotées de certains pouvoirs propres de décision et de gestion. Mais la libre administration peut faire l'objet de limitations, surtout imposées par des normes à valeur constitutionnelle, législative, ou réglementaire[19]. Le principe de libre administration doit se concilier avec d'autres principes garantis par la Constitution, notamment les principes d'unité de l'État, de respect des prérogatives de l'État et d'application uniforme des droits et libertés. Relativement au principe d'unité de l'État, la libre administration est subordonnée au respect du caractère unitaire de l'État. Les collectivités ne peuvent alors disposer du pouvoir d'auto-organisation[20] et d'un pouvoir normatif autonome[21]. Par rapport au principe de respect des prérogatives de l'État, la libre administration est soumise au respect des prérogatives de l'Etat exercées par le représentant de l'État. Le contrôle administratif doit permettre d'assurer le respect des lois et la sauvegarde des intérêts nationaux. Le principe de co-administration[22] intervient à un certain degré intermédiaire.

[19] « Les Collectivités Territoriales Décentralisées s'administrent librement par des assemblées qui règlent, par leurs délibérations, les affaires dévolues à leur compétence par la présente Constitution et par la loi.
Ces délibérations ne peuvent pas être contraires aux dispositions constitutionnelles, législatives et règlementaires. », Article 144 de la Constitution malgache du 11 Décembre 2010.

[20] Seul le législateur est compétent pour déterminer le statut, l'organisation et le fonctionnement de toute collectivité territoriale.

[21] Le pouvoir normatif que peuvent disposer les collectivités territoriales dans l'exercice de leurs compétences n'a pas de caractère autonome. Aussi, seul le législateur peut les autoriser à déroger à la loi.

[22] Une co-administration entre État et collectivité, à titre illustratif pour des raisons économiques, politiques, sociales ou financières.

2 – Une interaction élémentaire entre démocratie et décentralisation : convergence et divergence

La démocratie et la décentralisation s'accordent sur la recherche d'une proximité – aussi réelle que formelle d'une part, aussi positive que négative d'autre part – du pouvoir et d'une identification citoyenne à l'égard de la collectivité. D'ailleurs, l'expression la plus usuelle de cette volonté réciproque est représentée à travers la démocratie locale. La démocratie et la décentralisation interviennent conjointement – suivant une logique déterministe et libératrice – dans le devenir de la collectivité à la lumière des principes d'autonomie et de liberté, desquels découleraient les principes d'auto-administration et de libre-administration des collectivités territoriales. Elles soutiennent l'égalité entre les individualités dans leurs rapports avec le droit (entre citoyens, entre collectivités) et défendent le respect de la légalité.

Cependant, la démocratie et la décentralisation ne partageraient pas la même conception du sens d'orientation du pouvoir. La démocratie repose sur une émanation du bas vers le haut du pouvoir. Par contre, la décentralisation consiste en un dessaisissement du haut vers le bas du pouvoir. En d'autres termes, la démocratie suppose une orientation ascendante du pouvoir, à l'inverse, la décentralisation implique une orientation descendante du pouvoir. Néanmoins, cette divergence aurait-elle le mérite de pouvoir repenser l'origine du pouvoir des collectivités.

B.– Une réalité mythique : le travail subordonné et complémentaire entre la démocratie locale, la décentralisation, l'impératif de citoyenneté et la bonne gouvernance locale

La notion d'impératif de citoyenneté est fondamentalement dérivée d'un inextinguible droit souverain du citoyen sur la chose publique dans une démocratie. Elle s'ingénie tant bien que mal à juxtaposer une reconnaissance naturelle du droit souverain du citoyen et une identification à l'égard de la collectivité. Au-delà de la juste rhétorique sur la participation citoyenne dans une collectivité, cette notion soumet une valeur présomptueuse du citoyen au lien entre démocratie et décentralisation (1) et sollicite une valeur légitime du citoyen dans la gouvernance locale au regard du système de la décentralisation (2).

1 – Une valeur présomptueuse du citoyen dans le lien entre démocratie et décentralisation

La démocratie représente principalement un état ou une condition qui ne cesse de se perfectionner. Cette incomplétude se déchiffre, à bien des égards, à partir d'une certaine relativité de la tangente valeur participative du citoyen. Dans cette optique, il est péjorativement tendancieux de transposer intrinsèquement la participation à une dualité alternative – faculté ; si la gouvernance locale reconnaît

la faculté du moins positive sur la chose publique au citoyen, le recours à l'exercice citoyen reste une alternative dans la plupart des matières. Même si le contrôle citoyen tente de rattraper cette errance, l'opportunité citoyenne n'en demeure rétablie en ce sens qu'elle ne peut reformuler l'action publique de manière ponctuelle, d'où la nécessité incontournable d'intégrer le citoyen à tous les niveaux d'un champ d'action. La notion d'impératif de citoyenneté s'efforce à affiner cette valeur légèrement restreinte du citoyen en l'imprégnant du caractère naturel et fondamental d'un droit, à l'instar du droit à la défense ou du droit à un procès équitable.

2 – Une valeur légitime du citoyen dans la gouvernance locale au regard du système de la décentralisation

Les racines démocratiques du droit des collectivités territoriales trouveraient un sens dans les différents mouvements de libéralisation tels que la décolonisation, la croissance et le développement égaux. À Madagascar, les débuts de la colonisation, entre 1896 et 1905, ont marqué un déséquilibre du rapport entre décentralisation et déconcentration – bien que ce déséquilibre ait été corrigé par la loi cadre de 1956 – dans la mesure où le maire et le conseil communal étaient nommés par le gouverneur général. Les premiers pas d'un gouvernement local élu ne se firent qu'en 1913, s'ensuivit un élargissement de l'électorat quant à la représentation au niveau communal et provincial.

Une genèse timide de la démocratisation de l'action publique accompagne la proclamation de l'Indépendance ; si la participation citoyenne n'a émergé que tardivement avec l'Indépendance, elle n'a pu prendre une ampleur assez considérable pour constituer un fondement de la gouvernance locale. La participation citoyenne n'a été mise en exergue qu'à travers un centralisme démocratique attentif au respect du principe de subsidiarité et de l'intérêt local. Ce centralisme démocratique – avec l'institutionnalisation du *Fokonolona*[23] – a cherché à rétablir les valeurs communautaires dans l'action publique pour un réenchantement de la gouvernance locale par un dessaisissement du haut vers le bas. Mais au-delà de cette prétention, la réalité d'un sens caché de la courtoisie de l'État central a entretenu – en échange d'une institutionnalisation de la participation citoyenne pour un encadrement et un contrôle rapprochés des citoyens au niveau local – la désuétude d'un développement de proximité et l'inanité de l'institutionnalisation du *Fokonolona*. D'ailleurs, les aspirations à un développement économique stratégique basé sur la potentialité des régions ont relégué les questions relatives au *Fokonolona*.

[23] Le *Fokonolona* apparaissait comme la racine ou le point de départ de la démocratisation de l'action publique selon l'esprit de la décentralisation de la Deuxième République malgache. C'est durant cette période que les valeurs communautaires et la recherche de l'identité tant locale et nationale ont orienté les politiques malgaches.

Certes, une décentralisation sur la base des régions a gratifié l'idée d'étendre le champ d'application de l'autonomie locale mais elle a favorisé un dessaisissement du bas vers le haut puisque la définition à la base des orientations stratégiques et le pilotage du développement local n'étaient pas à la charge des collectivités de base. De ce fait, une discorde entre démocratie locale et décentralisation pourrait être retenue en ce sens que la proximité de l'exercice du pouvoir semble mise en péril ; si la démocratie locale veut rendre le plus possible l'exercice du pouvoir à la disposition du citoyen, la décentralisation l'a monopolisé au sommet c'est-à-dire au niveau régional. La commune a été réduite à une collectivité d'exécution. La participation citoyenne à la base a alors pris un recul. Ces péripéties témoignent d'un cas de figure dans lequel la démocratie et la décentralisation ne fonctionnent pas de façon synergique mais se contredisent. L'essentiel aurait été de permettre une émanation du bas vers le haut en laissant aux collectivités de base la charge de définir leurs orientations ; les rôles des régions se limiteraient à la garantie *supra* normative des décisions et la supervision des actions des collectivités de base. Et plus tard dans cette même optique régionaliste, l'instauration des provinces autonomes renverrait tendancieusement au régionalisme institutionnel. De même, la diversité des réalités locales ne peut rendre uniforme l'énoncé des compétences des provinces autonomes. Les provinces autonomes ont finalement été mises en veille de manière implicite après la troisième investiture de la Troisième République malgache.

Si le statut des régions n'a pas trop évolué, la valorisation de la commune – étant la collectivité qui jouit de la plus importante ancienneté opérationnelle et fonctionnelle – embrase à nouveau une forte avancée de la participation citoyenne à la base ; elle a pu mobiliser une grande partie de l'action décentralisée. Malgré cet état formel de proximité, la commune n'est pas la structure de base ou la structure la plus proche des citoyens, ce qui aurait valu l'idée de redéfinir le statut du *Fokontany*[24] qui pourrait s'ériger en collectivité de base. Faudrait-il aussi remettre une cohérence et une rationalité dans la production normative au risque de rebondir sur une inflation normative, source de mauvaise coordination entre les textes, de confusion, de blocage ou de conflit de responsabilités[25] ? Serait-il excessif de penser que les réformes de la déconcentration semblent plus avancées que celles de la décentralisation à l'instar de l'impact du pouvoir de contrôle du représentant de l'État qui tend à réduire l'effectivité de la décentralisation ou encore du poids considérable de la centralisation des finances publiques ?

[24] Circonscription administrative de base.

[25] PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE, MINISTERE DE LA DECENTRALISATION ET DE L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE ET MINISTERE DE L'INTERIEUR ET DE LA REFORME ADMINISTRATIVE, *Lettre de Politique de Décentralisation et de Déconcentration (LP2D)*, 2006 – 2015, p. 5.

Au terme de ce cloisonnement théorique et factuel, la synergie entre citoyenneté, démocratie locale, décentralisation et gouvernance locale ne relève pleinement d'un axiome. Néanmoins, d'une interaction – post-naturelle[26] – entre démocratie et décentralisation à une revalorisation citoyenne dans la gouvernance locale, a pu être soutenue l'admissibilité de la notion d'impératif de citoyenneté dans la gouvernance locale au regard du système de la décentralisation. Toutefois, cette percée ne constitue un gage de son admission ; l'intérêt de la notion d'impératif de citoyenneté devrait encore s'apprécier en fonction de l'étude de son développement dans la gouvernance locale au regard du système de la décentralisation.

II.- La quintessence du développement de la notion d'impératif de citoyenneté dans la gouvernance locale au regard du système de la décentralisation

L'étude du développement de la notion d'impératif de citoyenneté dans la gouvernance locale au regard du système de la décentralisation explore les aspects essentiels – non circonscrits – de la gouvernance locale sous l'impulsion de la notion d'impératif de citoyenneté. Elle retient le dynamisme et la perfectibilité que profile une forme de gouvernance locale fondée sur la notion d'impératif de citoyenneté soit un caractère dynamique associant l'autonomie locale à la citoyenneté (A) et un caractère perfectible consciencieux à l'égard de la démocratie locale et de la gestion publique (B).

A.– Le caractère dynamique d'une forme de gouvernance locale fondée sur la notion d'impératif de citoyenneté

Du passage d'A. DE TOCQUEVILLE – écrivant : « C'est au niveau local que réside l'énergie d'un peuple libre ; les institutions locales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science, elles la mettent à la portée de tous »[27] – à la représentation démocratique de la gouvernance – retraçant les mécanismes, les processus et les institutions à travers lesquels les citoyens expriment leurs intérêts, exercent leurs droits et assument leurs obligations – se germe une idée associant l'autonomie locale à la citoyenneté en considération de la recherche d'une proximité du pouvoir et d'une identification citoyenne à l'égard de la collectivité[28] d'une part, d'une logique déterministe et libératrice[29] d'autre part. Par extension, il en résulterait

[26] Au-delà de la considération de l'essence politique de la démocratie et de la substance juridique de la décentralisation.
[27] A. DE TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 94.
[28] Voir *supra*.
[29] *Id.*

une possible autonomisation des collectivités à partir d'une autonomisation des citoyens (1) qui n'en demeure moins stable (2).

1 – L'ouverture à une autonomisation des collectivités à partir d'une autonomisation des citoyens

Cette approche ne remet nullement en cause la conception moderne de l'autonomie locale ; elle propose une construction ascendante de l'autonomie locale au regard du système de la décentralisation. Dans cette perspective, la question de l'autonomie locale s'imbrique à celle du pouvoir souverain à la lumière de l'interaction entre démocratie et décentralisation[30]. Cette construction ascendante – assez délicate dans un État unitaire décentralisé – s'appuierait sur des mécanismes et comportements à la fois démocratiques et communautaires dans la gouvernance et la gestion publique locales.

La démocratie promeut – par la création d'une diversité citoyenne et l'enracinement d'un espace public – des systèmes de délibération et de participation entre citoyens libres et égaux qui supposent une interaction entre individus s'interagissant dans le cadre de la formulation de l'action publique, une traduction de l'émancipation individuelle et collective par rapport aux appartenances communautaires et à l'égard de la collectivité[31]. Elle permettrait une délibération préalable pour faire société de manière collective mais pluraliste, plus ouverte et plus pacificatrice. En conséquence, l'essor de cet exercice citoyen reflète une citoyenneté duale – entre un citoyen d'une démocratie et un citoyen membre d'une communauté – qui va peser directement dans le devenir de la collectivité. Dans cette optique, l'appropriation de la collectivité par les citoyens et leur responsabilisation aspirent – par un saisissement du bas vers le haut – à l'exercice naturel d'un pouvoir déterministe autonome au-delà d'une reconnaissance au sommet de l'autonomie locale.

Le développement de la notion d'impératif de citoyenneté tend progressivement vers une forme de gestion publique inclusive basée sur un travail d'équipe entre les membres de la collectivité qui se posent des objectifs communs – et les atteignent en fonction d'une implication personnelle – et sur l'association du citoyen bénéficiaire des services publics à la gestion des services publics qui souhaite l'intégrer dans l'orientation des services publics, dans la mesure de la

[30] *Id.*
[31] A. BEITONE, C. DOLLO, J. GERVASONI et C. RODRIGUES, *op. cit.*, p. 136.

performance publique[32] ou encore dans le contrôle qualité[33]. À l'issue de cet exercice citoyen, la citoyenneté se transmue sous une double forme – soit un citoyen individu dans le capital humain et un citoyen bénéficiaire des services publics – dans la perspective d'une administration publique locale apte à s'autoréguler ; l'administration publique est à la fois produit et producteur de la société[34].

2 – L'éventuelle précarité d'une autonomisation des collectivités à partir d'une autonomisation des citoyens

Dans ce même schéma d'interaction entre démocratie et décentralisation[35], l'assimilation de l'autonomie locale à la citoyenneté ne serait tout de même insensible aux questions paradigmatiques en rapport avec la collectivité comme celle de la perplexité de l'égalisation des individus ou des citoyens, de la menace d'une crise identitaire, du traitement inéquitable entre collectivités, de la subsistance d'obstacles à dimension variable liés à la gestion publique ou de l'effectivité de la décentralisation.

La problématique de l'égalisation des individus semble d'une certaine façon avoir fait l'objet d'une série de préludes de démystification à l'initiative d'une vision complexe mais simplifiée de l'égalisation des individus. Cette vision simplifiée témoigne de la volonté de faire évoluer vers une meilleure condition le contexte d'égalité des individus. Les prolongements juridiques de cette égalisation suscitent un premier ancrage d'une égalité de droit pour tous ; cette égalité symbolise le sens social de la démocratie et la présente avec plus d'objectivité, une image fortement relatée par A. DE TOCQUEVILLE dans sa conception de la démocratie. Il perçoit en la démocratie une percée qui permet une égalisation des conditions et une diversité sécuritaire ou une extension de la sécurité à tous les individus comme la protection des minorités. Par ailleurs, ces prolongements juridiques scandent une affirmation

[32] Evaluation du résultat par rapport aux procédés et aux mécanismes tout en tenant compte des objectifs et des conditions de réalisation, utilisation des ressources nécessaires au moindre coût, efficience maximisant la qualité obtenue à partir d'une qualité donnée, efficacité scandant l'aptitude à atteindre les objectifs.

[33] La notion de qualité relie le service à la satisfaction comme en témoigne le *Total Quality Management* : priorité au bénéficiaire de services, amélioration des processus, réduction des pertes et maîtrise des coûts, engagement des ressources humaines d'une organisation. La production d'une organisation est déterminée en fonction des attentes et exigences du bénéficiaire de services ; l'incorporation du management de la qualité dans le modèle managérial du secteur public sollicite une correspondance entre les services publics et les attentes des bénéficiaires de ces services. L'objectif étant d'atteindre le zéro défaut. Toutefois, il faut assurer davantage et de manière pertinente la qualité du processus de production par rapport à la qualité des produits afin de réduire les pertes et maîtriser les coûts.

[34] Autorégulation basée sur le recyclage de l'information, l'ouverture, l'interaction, la circularité, l'interdépendance, la négociation, la concertation, la rétroaction et l'inclusion. Le flux existant entre les intrants et les extrants permet à un système de maintenir son homéostasie.

[35] Voir *supra*.

d'une justice sociale initialement incarnée par les théories du contrat social écrivant la subsistance préalable d'un état initial de l'humanité caractérisé par l'existence de droits illimités reconnus aux individus. Toutefois, l'exercice de ces droits est encadré par un artifice consensuel ou conventionnel voire unanime relatif aux règles élémentaires de justice ; il importe de souligner l'éclosion d'une forme d'autoprotection par une convention, renforcée par le désir de conservation de soi et la montée de l'autonomie. Parallèlement, les prolongements politiques de cette égalisation s'appuient sur les principes usuels de la démocratie tels que l'égalité, la légalité et la liberté auxquels se joint le concept de collectivité impartiale. La liberté représente l'essence de l'égalité ; l'égalité profile l'âme de la liberté ; la légalité cristallise à la fois la garantie et la sanction de la liberté et de l'égalité. En quelques termes, certes, les prolongements juridiques et politiques de l'égalisation des individus s'emploient à consolider les garanties d'une égalité des individus mais ils ne peuvent qu'établir une égalité imaginaire au détriment d'une égalité réelle. Une vision complexe de cette égalisation rapporte une critique en plein socle de la démocratie, plus particulièrement à l'endroit d'une dualité individualisme – égalité. L'inconsistance voire le défaut d'un encadrement concret à la fois de la liberté et de l'égalité traduit une image lacunaire d'une frontière rationnelle entre elles consentant des confusions, des ambiguïtés ou des paradoxes divers. Il est souvent difficile de fonder l'inscription duale de ces deux principes dans le cénacle des principes articulateurs de la démocratie. C'est suivant cette perspective que D. GAXIE[36] insiste sur la subsistance d'un cens caché – marquée par un sentiment d'incompétence politique des catégories dominées socialement et culturellement – à travers le suffrage universel[37]. La participation réfléchie et éclairée à la prise de décision sollicite un capital culturel pertinent et volumineux dont ne disposent forcément pas tous les individus membres de la société[38]. L'inégalité de fait persiste toujours dans un même contexte que l'égalité de droit ; malgré les éclats de l'égalité de droit, l'égalité de fait semble utopique, l'inégalité de fait demeure l'ombre de l'égalité de droit. H. MENDRAS[39] et M. FORSÉ[40] tentent à la fois de résumer et de répondre à la problématique de l'égalisation des individus – à partir de l'appréhension du changement social à travers le paradigme démocratique – en écrivant : « L'égalitarisme est le ressort des sociétés démocratiques, et plus l'égalité

[36] Professeur en science politique à l'Université Paris I Panthéon – Sorbonne, membre permanent du Centre Européen de Sociologie et de Science Politique (CESSP – Paris). Il est connu pour ses travaux de référence en matière de sociologie du vote.

[37] A. BEITONE, C. DOLLO, J. GERVASONI et C. RODRIGUES, *op. cit.*, p. 134.

[38] *Ibid.*

[39] Sociologue spécialisé dans l'étude de la paysannerie, il était professeur de sociologie à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris et Directeur de recherche émérite au CNRS.

[40] Sociologue, chercheur sur les axes justice sociale, perception des inégalités, cohésion sociale, analyse macrosociologique du changement, réseaux sociaux et méthodes quantitatives ; Directeur de recherche au CNRS, Responsable de l'équipe Groupe de Recherche sur la Cohésion et la Justice Sociale du Centre Maurice Halbwachs.

progresse, et plus les inégalités deviennent choquantes et alimentent l'exigence d'égalité »[41].

La menace d'une crise identitaire se rapporte à une dualité individualisme (individu) – collectivisme (unité) d'une part, à l'appareillage et au relativisme subjectif de la démocratie d'autre part. La dualité individualisme (individu) – collectivisme (unité) amorce conjointement une distinction entre intérêts individuels additionnés – formulés à partir de l'agrégation des intérêts individuels – et intérêt collectif qui résulte de la fusion ou de l'unification des intérêts singuliers. La démocratie n'a su situer concrètement ses repères par rapport à la dualité individu – collectif, qui favorise la tendance vers le subjectivisme moderne (dans le sens de l'agrégation des intérêts individuels) et le déclin des enracinements communautaires. Par extension, elle serait exposée à un appareillage et un relativisme subjectif. Les sociétés démocratiques modernes ne perçoivent en la démocratie qu'une règle fondamentale de coexistence malgré le fait qu'elle soit initialement orientée vers la recherche du bien commun et de la vérité commune ; le prolongement social et culturel de la démocratie se voit écarté par son prolongement normatif et procédural. Paradoxalement, l'éclipse de cette vérité pourrait attiser les risques d'effet Tocqueville ou spirale du silence et de désaffection civique. La démocratie s'écarte de l'identité sociale au sens de l'intégralité de la société – plus proche de l'idée d'inclusivité – perçue par C. LAGANDRÉ comme une société de sociabilité pure, de tranquillité et de sécurité ; avec un corps social intégral, soudé, sans sujets ni conflit ni diversité, immédiatement mobilisable dans son intégralité[42]. Mais cette société intégrale n'est pas sans critique dans la mesure où l'absence de diversité prête confusion entre exclusion et intégration. Malgré cela, les sociétés démocratiques – bercées dans le pinacle de l'inconscience ou de l'exaltation de la volonté – s'empressent d'emprunter la voie d'une société intégrale de droit et non de fait.

Le décryptage d'obstacles à dimension variables liés à la gestion publique s'effectue sur la base d'une approche subjective dans un premier temps, objective dans un second temps. Selon une approche subjective, quelques obstacles à dimension sociologique et psychologique se relateraient à travers trois formes de déséquilibre des rapports de pouvoir soit un déséquilibre des rapports de pouvoir entre prestataires et bénéficiaires de services publics, entre intellectuels et ignorants, entre groupes sociaux. Relativement au déséquilibre des rapports de pouvoir entre prestataires et bénéficiaires de services publics, une erreur d'attribution peut être relevée. La logique de service pose une adéquation ou une conformité des services avec les attentes des bénéficiaires. Dans une certaine mesure, cette logique supposerait l'existence d'un lien patronal entre prestataires et bénéficiaires de

[41] H. MENDRAS et M. FORSE, *In* A. BEITONE, C. DOLLO, J. GERVASONI et C. RODRIGUES, *op. cit.*, p. 313.
[42] C. LAGANDRE, *La Société intégrale*, Paris, Climats, 2009, p. 95.

services publics – dans leurs rapports – en faveur de ces derniers. Effectivement, l'expression *Mpiasam-baohaka*[43] de l'ancien Président malgache M. RAVALOMANANA[44] à l'égard des agents publics illustre ce lien. Cependant, la logique de service se brise dès lors que les rôles s'inversent en ce sens que les prestataires de services publics s'attribuent l'exercice du pouvoir patronal. À cet égard, les bénéficiaires de services publics ne seraient plus que des otages déshérités. Par ailleurs, les individus ne disposent forcement pas du même volume de capital culturel ; cela révèle une possibilité d'altération de la capacité et de l'autonomie culturelles des ignorants en faveur des intellectuels, source d'un profond déséquilibre. Un relativisme tenant à l'appartenance se rapporte à un déséquilibre des rapports de pouvoir entre groupes sociaux animé par – suivant une vision globale – les luttes et compétitions entre groupes sociaux et – suivant une vision personnelle – un sentiment d'appartenance à un groupe social. Ce déséquilibre peut se constater au niveau des relations entre ressources humaines publiques d'une part, au niveau des relations entre prestataires et bénéficiaires de services publics d'autre part, défavorisant l'individu étranger à un groupe social donné. La crainte de s'adresser à une autorité publique et la résistance aux changements ne favorisent pas l'amorce d'une gestion inclusive et participative dans la collectivité. *A contrario*, selon une approche objective, ces quelques obstacles liés à la gestion publique seraient en rapport avec la problématique de la définition de l'intérêt local, la rareté des compétences disponibles, la non maîtrise du leadership et du marketing publics, l'attachement aux racines du modèle administré de gouvernance (forte régulation des pouvoirs publics négligeant l'expression et les intérêts des individus et des organisations), l'orientation vers une administration de survie par opposition à une administration de développement (les ressources humaines publiques et leurs aspirants perçoivent en l'administration publique une opportunité de travail, de consommation et de satisfaction des besoins tendant à se désorienter des missions de l'administration publique), l'aspect négatif du dynamisme éternel (valorisation excessive des capacités de changement et d'adaptation laissant ancrer un esprit de performance et de visions à court terme sans durabilité), la faiblesse de la capacité d'autofinancement de la collectivité, la corruption et l'enclavement géographique.

B.– Le caractère perfectible d'une forme de gouvernance locale fondée sur la notion d'impératif de citoyenneté

La bonne logique serait qu'une forme de gouvernance – de par son caractère dynamique – soit réceptive à une amélioration. D'ailleurs, la délicatesse de la définition d'une bonne gouvernance trouve sa raison d'être dans ce caractère dynamique qui semble devoir imposer à lui-même un caractère perfectible pour être intégral. Ce qui fait que le caractère perfectible soit indissociable du caractère

[43] Agents du peuple, notion bien-être du peuple et administration publique.
[44] Ancien Président de la République de Madagascar (2002-2009).

dynamique. Au seuil d'un possible flottement, cette forme de gouvernance locale fondée sur l'impératif de citoyenneté devrait reconnaître sa nécessaire évolution symétrique à la promotion de la démocratie locale (1) et consentir à un profitable agencement technique (2).

1 – Une nécessaire évolution symétrique à la promotion de la démocratie locale

En réponse à la crise de la démocratie locale, la notion d'impératif de citoyenneté ne se contente uniquement d'une institutionnalisation de la volonté citoyenne – comme à travers le budget participatif, la participation effective dans la prise et l'exécution de la décision, l'interpellation citoyenne, la délibération inclusive ou le contrôle citoyen – mais exhorte la gouvernance locale à une intellectualisation citoyenne pour que la logique libératrice[45] soit satisfaite et s'ensuive un citoyen averti, apte à opiner et agir.

2 – Un profitable agencement technique

L'ébauche d'un correctif administratif doit se matérialiser par l'instauration et la mise en œuvre d'un système de recours administratif simple pour les citoyens. Pour s'essayer à repenser le système de la décentralisation, le recours au système de semi-décentralisation[46] – qui suppose la création d'un organe mixte et la distribution équilibrée des facultés de décision entre l'État central et la collectivité territoriale, la règle du double consentement et de la volonté indépendante sans pour autant affecter l'unité de l'ordre juridique – peut se révéler pertinent dans la revendication davantage d'autonomie. Par ailleurs, la question du traitement équitable entre collectivités – quant à l'attribution des subventions étatiques – pourrait se satisfaire par une nouvelle attribution en fonction de la performance de la collectivité.

Relativement à la gestion publique, l'adoption d'une approche à la fois horizontale et verticale par la gestion publique pour une démarche globale privilégie le consensus dans un champ d'action. De même, l'administration publique pourrait mieux appréhender les réalités locales à partir de l'élaboration d'un code d'éthique des services publics ou d'un pacte entre prestataires et bénéficiaires de services publics, de la capitalisation de connaissances et de compétences pour mieux exploiter les changements, ou de l'esquisse d'un pacte sur l'intérêt local.

À ce stade, l'intérêt de la notion d'impératif de citoyenneté repose – de par son rôle et son apport dans la vie de la collectivité – sur sa capacité à convertir le contenu classique de la citoyenneté en une citoyenneté multiforme : d'un citoyen

[45] Voir *supra*.

[46] Système de semi-décentralisation selon C. EISENMANN, *In* N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009, p. 133-141.

démocrate à un citoyen membre de la communauté d'une part, d'un citoyen bénéficiaire de services publics à un citoyen individu dans le capital humain d'autre part. Le citoyen est à la fois le point de départ et le point terminal de tous les processus sociaux à travers lesquels se déterminerait une autonomisation des collectivités ; cette approche associant l'autonomie locale à la citoyenneté estime que l'autonomie locale serait un produit de processus sociaux. De ce fait, la notion d'impératif de citoyenneté transcende les horizons d'une simple participation politique du citoyen.

Conclusion. Il peut être trop suffisant de ramener l'essentiel de la gouvernance à sa seule pratique qu'elle soit bonne ou mauvaise. L'éventuel succès d'une forme de gouvernance ne s'apprécierait-elle mieux qu'en fonction de son authenticité ou de sa légitimité. En définitive, l'accomplissement d'une forme de gouvernance locale devrait s'apprécier en fonction d'une démocratie locale et d'une décentralisation authentiques et légitimes issues d'un processus interactionnel ascendant ayant comme point originel les citoyens dans ses rapports démocratiques et communautaires avec la collectivité.

DROITS FONDAMENTAUX

Assessing the effectiveness of the African Charter and its corresponding mechanisms for the Human rights violations in Mauritius

K. Priyanka DWARKA

Abstract:

This study gives an overview of the African Human Rights outlining the uniqueness of the African Charter on Human and Peoples' Right and the mechanisms available under the Charter. It also explains the readers about the situation of human rights in Mauritius whilst highlighting the fact that Mauritius has not used the mechanisms available under the Charter even after having signed and ratified the Charter. Some important cases through the history of Mauritius has been explained in order to demonstrate how the use of the proper channels available under the Charter could have made a different impact, positive or not, it's up to you to judge.

Résumé :

Cette étude donne une vue d'ensemble sur les droits de l'Homme en Afrique, soulignant le caractère unique de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, ainsi que des mécanismes disponibles en vertu de celle-ci. Elle présente également au lecteur la situation des droits de l'Homme à Maurice tout en soulignant le fait que Maurice n'a pas fait usage des mécanismes rendus disponibles par la Charte, même après l'avoir signée et ratifiée. Un panel d'importantes affaires judiciaires a été analysé en vue de montrer de quelle manière l'usage de ces mécanismes spécifiques aurait pu produire des résultats différents de ceux obtenus dans certaines affaires mauriciennes – positive ou non, l'appréciation de la portée de ces résultats éventuels vous est laissée.

List of abbreviations

ASIL	American society of International Law
AU	African Union
BIOT	British Indian Ocean Territory
BLS	Best Loser System
BLUP	Building and Land Use Permit
Charter (The)	African Charter on Human and Peoples' Right
COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa
Commission (The)	African commission on Human and Peoples' Right
Court (The)	African Court on Human and Peoples' Right
EOA	Equal Opportunity Act
EOC	Equal Opportunity Commission
EOT	Equal Opportunity Tribunal
EPA	Environmental Protection Act
ESCR	Economic Social and Cultural Rights
ICCPR	Inernational Covenant on Civil and Political Rights
ICESCR	International Covenant on Economic Social and Cultural Rights
NGO	Non-Governmental Organisation
NHRC	National Human Rights Committee
OAU	Organisation of African Unity
UDHR	Universal Declaration on Human Rights
UN	United Nations
UNHRC	United Nations Human Rights Committee
SADC	Southern African Development Community

Do your little bit of good where you are;

it's those little bits of good put together that overwhelm the world

Desmond Tutu

Introduction

A. Background

The gregarious nature of the human race is no secret to anyone. Throughout history, human beings have been depending upon each other in order to survive. States also have woven strong relationships among themselves for various reasons. This interlace of relationships in the African context have been strengthened by the will to eradicate colonialism. In their common fight for independence and liberation, African people drew their inspiration from human rights standards to justify their struggle. Therefore, the concept of human rights is deeply engrained in the struggle against colonialism and apartheid. Since then, the need for regional protections was indispensable in order to fight against the most pressing and specific human rights abuses. Africans adhered to these human rights principles because they were drafted keeping in mind the African traditions.

Focusing the attention upon Mauritius, it can be seen that the Island does use the avenue of regionalisation in the context of its economy mostly. Being a member of regional organisation such as SADC and COMESA, it enjoys numerous advantages such as the free trade area. In March 2017, Mauritius was the host country to launch the African Economic platform However, in the context of regional human rights, a lack of determination can be observed. Till date, Mauritius has never sent a communication to the African Commission on Human and peoples right and it has never approached the African Court on human and peoples right. There are more avenues for progress in this pathway as these regional institutions are underutilised.

B. Problem statement

It has been observed that Mauritius does not make proper use of the regional institutions for human rights protection. The plausible reason behind this lack of exploitation of these resources can be related to the fact that Mauritius has not submitted a special declaration as per the article 34(6) of the Court's protocol conferring the rationae personae to individuals and NGO. Individuals are the one who normally suffer from human right abuses and the denial to access the court for redress shows a lack of effective legal protection against abuses. There are

many current human rights issues in Mauritius that could have been adjudicated by the African court.

C. Research question

The above problem statement leads us to the following research question.

1) What additional value does the African Charter, its commission and its court provide for a better protection of human rights?

2) Could specific human rights issues that Mauritius is facing currently be better adjudicated in front of the African Court?

D. Chapterisation

Chapter one starts by giving an overview of the African human rights and its relevance to Mauritius. The chapter 2 outlies the uniqueness of the charter as well as elaborates on the establishment of the protection mechanism. Chapter 3 gives an overview about the situation of human rights in Mauritius and what the country can benefit from the regional human right mechanism. Chapter 4 is related to cases of human rights that occurred in Mauritius. The last and final chapter concludes on the topic and elaborates on the recommendations proposed.

The complimentary jurisdiction of the Court and the Commission is also highlighted. Finally, it assesses whether the court is a success story or not.

I. - The African Charter

A. - The creation of the African Charter on Human and Peoples' Rights

1 – A brief situation of the African population in the 19th century

Taking a leap of century backwards, Africa was plunged into a sea of darkness characterised by the suffering of its own people. Exploitation, imperialism and degradation formed part of the daily misery of the African population. Plagued by extreme poverty, they did neither eat properly nor had access to the potable water or even health care.

It is overt that the history of Africa has been dominated by hostilities between a minority that wanted to retain all the powers to them and a majority who tried to resist that oppression. The Caucasian rulers were merciless, stripping

off the basic rights of the non-white population. The apartheid rule prevailed all over the country promoting racist segregation. The rights of the black majority were curtailed to such an extent that they were even refused the right to choose where they could live or not. Even after decolonization, the African states' leaders acted in the same way the colonial powers did.

2 – A plea to end the suffering of the people of the land of Ubuntu- The Law of Lagos

Due to the alarming situation of the inhabitants, the International Commission of Jurist sponsored a conference in 1961 in Nigeria on the Rule of Law. This conference was the foundation of the idea to draft a document which will encompass a regional mechanism for protecting and promoting human rights accompanied by an institution which will act as its guardian. A declaration entitled as the "Law of Lagos" was adopted by the African congress with regards to the rule of law with particular reference to African human rights. This declaration required the governments of African states to adopt a convention with proper mechanism in order to allow human rights violations to be heard in front of a court of law. Nevertheless, no concrete actions were taken by the African leaders to implement these recommendations and therefore the concept of having a regional instrument for the protection of human rights of the African population was abandoned due to a lack of interest.

3 – The failure of the OAU to create a regional human rights mechanism

The failure to materialise the dream of having a regional human rights treaty was also due to the fact that the Organisation of African Unity ("OAU") focused all its efforts on specific matters it deemed important. The OAU was a regional organisation established in 1963 after a conference with the main objective to promote African unity and solidarity. At that time, the OAU focused its entire struggle into the abolition of colonisation, eradicating apartheid, achieving a better standard of living for its people and intensifying the corporation amongst states but however keeping in mind that each state is sovereign and has its own territorial integrity. The OAU Charter did not even cater for any distinct obligation for states to have due regards to uphold human rights. However, even without a clear mandate, the OAU took far reaching steps in for the protection of human rights with due respect to the principle of non-interference in the internal matters of each state.

4 – The intervention of the United Nation to help in the creation of a regional mechanism

The idea of having a treaty adapted to the African needs to protect human rights was then revived in 1967 at the 1st Conference of Francophone African Jurists held in Dakar. The members of that conference reiterated the desire to have their own human rights mechanism. The United Nations played a crucial role in facilitating the organisation of seminars and conferences on this subject across Africa. An ad hoc committee was also set up by the UN- secretary General to assist the creating of a regional human rights mechanism. However, these initiatives were in vain and all the negotiations haltered.

One of the committees which was set up to visit African leaders to mandate for the need to have a regional system successfully convinced the President of Senegal to table a proposition at the OAU next assembly. The next assembly was thereby seen as a landmark for the regional system as all the members of the OAU unanimously requested the secretary general to set up a committee to draft an instrument for the African human rights

5 – The dream finally becomes a reality

The dream was once again threatened to be shattered. Certain African government had reservations concerning the idea of having a regional mechanism to protect human rights. This led to various hostilities amongst Africa leaders resulting into the cancelling of a conference in Ethiopia where the draft charter would have been adopted. However, the ray of hope came from the president of Gambia who, at the invitation of the OAU secretary General, convened two ministerial conferences in Banjul where the draft was finally completed submitted to the OAU. The Charter was adopted in 1981 in Kenya and came into force in 1986 due to the ratification by a majority number of states.

It's only 30 year after the adoption of the UDHR by the United Nations that the African continent decided to equip itself with a regional human right mechanism. The African Charter on the Protection of Human and People's Right (hereinafter referred to as The Charter) was finally a reality. It is also referred as the Banjul Charter due to the significant role The Gambia played in the history of the creation of the Charter.

6 – The uniqueness of the Charter

There has been a notable deviation from the conventional classification of human rights by the legislators of the Charter by regrouping them into 3 different generations; namely the first generation being the civil and political rights, the second one is the economic, social and cultural rights and finally the third

generation, also called the collective rights encompass the right to development, to peace and to environment. The African charter differentiates itself from its European and American counterpart by also including the duties of each individual under the Chapter II. Moreover, there is the absence of any derogation clause in the Charter which means that no situation can justify the violation of human rights. These provisions would be dealt with in the following sections.

B. - The instruments of protection of human rights according to the Charter – the African Commission

1 – The establishment of the African commission on the protection on human and people's right

By then, it was clearly understood by the legislators of The Charter that the protection of human rights is fundamental to human kind. The charter would have no importance if it does not have an instrument for its protection. Thereby, The Charter provides for an African Commission on Human and People's right (hereinafter referred to as The Commission) by virtue of its article 30 stating that "*An African Commission on Human and Peoples' Rights, hereinafter called "the Commission", shall be established within the Organisation of African Unity to promote human and peoples' rights and ensure their protection in Africa*".

This article provides that The Commission is established to promote human and people's right and also to guarantee that these rights are protected in Africa. The Chapter II Part II of The Charter sets out the mandate of The Commission.

2 – The mandate of The African Commission

The main provision of the Charter dealing with the mandate of The Commission embodied under article 45 of The Charter, identifies that The Commission has a tripartite function, namely to promote and ensure protection human and people's right and to interpret all the provisions of The Charter. According to Saffari (1999: 301-302) "The Commission, therefore, has educational, advisory and quasi-judicial roles respectively". The Charter also provides for an omnibus clause which requires The Commission to perform any function allocated to it the Assembly of Heads of State and Government of the African union according to article 45(4) of The Charter.

a – Promotion of Human and Peoples' Rights

The Commission has the responsibility to promote human and peoples' right as per the article 45 of The Charter. The significance of this role is to sensitise the African population of its rights as well as to inform those people about

The promotional function of the commission is considered to be as primary before others. According to Gasiokwu (2001: 188) this is founded on the basis that The Commission is not empowered to compel states to abide by its decisions.

Even if the findings and conclusions on the observation of the Commission are not legally binding, the member states do take them seriously. For example, the Endorois decision (AHRLR 75 (ACHPR 2009) was the basis for an intensive dialogue concerning the plight of the indigenous people and their accommodations in Kenya.

b – The protection of Human and Peoples' Rights

The protective mandate of The Commission requires it to take positive measures to guarantee that the people of Africa enjoy the rights laid down in the Charter. In order to fulfil this protective mandate, The Charter has set up a complaint system through which a State, an individual or an NGO can petition The Commission through a communication about human rights violations.

The Charter also provides for the device of "amicable settlement" which ends dispute between the parties as witnessed in Kalenga v Zambia (2000) AHRLR 321 (ACHPR 1994).

The Commission has also sent mission to several states in order to investigate about massive human rights violation. Considering the Ogoni case, a mission to Nigeria was initiated as a result of a communication filed by SERAC alleging massive human rights violations. (Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v Nigeria (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001)

In fulfilling its role, the Commission has the jurisdiction to direct a state concerned to take provisional measure pending the final decision.

c – The interpretational role

Apart from its promotional and protective function, the Commission has a quasi-judicial role which vests the power to interpret provision of the African Charter. This function allows the Commission to give an advisory opinion on any legal question using international human rights instruments.

Its interpretational role can be traced in the case of *SERAC v. Nigeria* where the right to food was deduced from the fact that every human being has a dignity and that it is essential to the enjoyment of the right to health, education, and work.

C. - The African court

1 – The foundation of the Court

The African court on human and peoples' right was established in1998 and came into force in 2004. If the legislators of The Charter had as an aim to enact an instrument to protect the human and people's right, then why was there such a delay to establish a proper court of law in order to enforce the laws under The Charter?

According to S.Lyons(2006) "While the African Charter attempted to protect the rights and freedoms of the African population and reaffirm the dedication of the Organization of African Unity (OAU) towards promoting human rights, it strategically omitted the creation of a court in order to achieve consensus regarding the human rights document. Instead, an African Commission was created with weakened supervisory powers and an inability to make binding decisions."

The African Court of Justice and Human Rights (herein after referred to as The Court) finally sees the day after a decade of negotiations. A draft protocol was adopted in 1998 by the OAU which, by virtue of its Article one, established the foundation of the court. However, it took another 6 years for fifteen African countries to ratify the Protocol on the of the African Human Rights Court of Justice and Human rights to make it enter into force.

2 – The composition of the court

Eleven judges are elected African Union (here in after referred to as AU) Assembly from a list of candidates who are nominated by the member states of the AU. The judged are elected in their personal capacity and they are not affiliated to their country thus they have to discharge their duties faithfully and independently. Only the president of the court is elected on a full-time basis and the rest holds office as part time workers.

3 – The jurisdiction of the Court

According to article 29 of the protocol, The Court's jurisdiction applies only to member states that have ratified the Court's protocol. The court can interpret and apply provision from the African Charter, the Court's Protocol and any other human right's provisions ratified by that state. The AU and member states can also request The Court for advisory opinions. The court is also vested with the power to conduct amicable settlements.

It is often said that The Court has a temporal jurisdiction which means that it can only look into disputes which arose after the court protocol came into force except in cases of continuing violation such as explained in the case of Lawyers for Human Rights v Swaziland (2005) AHRLR 66 (ACHPR 2005) by The Commission.

4 – Admissibility of cases in front of The Court

The article 5 of the Court's Protocol gives access to the Commission, state parties which have lodged cases to whom cases have been lodged at the Commission, a state party whose citizens are suffering from human rights violations and African intergovernmental organisations. NGOs with observer status and individuals can institute a case before the court in accordance to article 5(3) and 34(6) of the Protocol. The article 34 lays down rules for ratification of the protocol and the sub section 6 dictates that at the time of the ratification or even after that, NGOs and individuals would only be allowed to institute a case against a country before the Court if that specific country has made declaration accepting the competence of the court to receive petitions from those NGOs and individuals.

D. - Success or failure?

In a country where once apartheid was considered legal and crimes such as female genital mutilation are still lawful, it was high time for the setting up of a proper instrument for the protection of human and peoples' rights.

The Court was therefore set up in order to "complement the protective mandate of the Commission" according to article 2 of the protocol. The decisions of the court are consequently final, and binding upon all state parties. The court has already finalised about 33 cases and there are still about 90 pending cases. The statistic shows by itself that The Court is trusted by people in the African region.

Like all international courts, the African court as well as the Commission also deals with cases of non-compliance. Unfortunately, the international courts do not possess an enforcement mechanism to oblige the states to comply with their decision.

The presence of the clawback clauses can be a threat the provisions in the African Charter. Some governments determine the scope of their obligations through these claw back clauses for their own benefits. This defies the main purpose of the charter, which is to provide a standardise human rights throughout Africa.

The absence of withdrawal clauses can also be considered as problematic. If ever, a state feels that the Charter is not beneficial to it, there is not provision for withdrawal.

II. Mauritius and the African Charter

A. - Mauritius as a member State of the African Charter

1 – Historical account of Mauritius ratifying the Charter

The Charter has been ratified by all members of the African Union (formerly known as the OAU) including Mauritius. Even if Mauritius is not geographically attached to the African continent, it is well considered as being part of Africa. On the 19th June 1992, Mauritius has ratified the African Charter and thus abiding to all its provisions.

2 – The situation of human rights in Mauritius

Compared to other African countries, Mauritius can consider itself to be one of the leading countries in its region concerning human rights protection. The proof lies in the notably peaceful history it had after its independence. There is no account of extreme human rights violations as it is the case of other member states of the African region. Cases of massive killing or deprivation from access to health or food have not been recorded till date. Yet categorising Mauritius as a utopic land whereby human rights violations does not exist, would be incongruous with the reality.

B. The legal framework about human rights in Mauritius

1 – The different instrument of human rights

One of the most important provisions of human rights in the country can be found in its Constitution dated 1968. In addition to this, Mauritius has enacted the Protection *of Human Rights in 1998* and this has been amended in 2012 by the *Protection of Human Rights Amendment Act.* HIV and Aids were causing phobia amongst the population. Thus, in order prevent discriminations against those suffering from HIV AND AIDS, the HIV and AIDS ACT was constituted in 2006. *In* 2008, the *Equal Opportunities Act* was also legislated with the intention of curtailing discriminations amongst the population. The *National Preventive Mechanism Act and the Police Complaints Act 2012* was constituted in order to prevent inhuman and degrading torture against people.

2 – The constitution

As most democratic states have done to ensure human rights protection, Mauritius has incorporated a chapter based on human rights protection in its Constitution, considered as the supreme law of the land according to its section 2. Their insertion means that they are demarked over other laws enacted by the legislative body and thus it necessitates special requirements to amend those sections regulated by the section 47 of the Constitution.

The fundamental rights and freedom are embedded in Chapter II of the Constitution named as the "Protection of Fundamental Rights and Freedoms of Individual." The Mauritian human rights protection model is based upon the European Convention on Human rights due to the influence the British colonial period. Section 3 to section 16 of the Constitution contains common standards for human rights that have to be observed for all people without any discrimination.

These constitutional provisions however are considered as insufficient and "self-constrained" in the Law reform commission paper on the Constitutional Protection of Human Rights in 2010. The Constitutional provision prohibits violations on definite grounds which are clearly against international human rights practices. According to the Article 2 and 26 of the ICCPR, states should enact open ended provisions whereby violations are regrouped under an uncategorised number of grounds.

Moreover, there is no respect to the right to life and right to privacy guaranteed under the Constitution. Individuals do not possess the right to access to information which is gaining much importance nowadays in combating corruption. Undeniably, the Mauritian law provides for no provision of the Socio-economic rights even if it had ratified the ICESCR.

3 – The Protection of Human Rights Act

This act was enacted with the aim to set up a National Human Rights Commission (NHRC) in order to better protect human rights and to investigate accurately about complaints against police brutality. It was further amended by the Protection of Human Rights Amendment Act to have a better protection of human rights.

a – The National Human Rights Commission

The National Human Rights Commission has as key function to promote and protect human rights. It is empowered to evaluate other enactments concerning the safeguards of human rights. The responsibility to harmonise

national legislations with international standards or practises is vested upon the NHRC.

The Protection of Human Rights Amendment Act categorised the NHRC into 3 main divisions namely the Human rights divisions, the police complaint division and the National Preventive Mechanism Division.

b – The Human Rights Division

Any person who feels that his or her rights have been violated by any public official or by a police officer can draft a complaint to the NHRC, specifically to the Human rights division. It is empowered to enquire into these complaints of human rights violations. This division is vested with the power to visit police stations or prisons to attest the conditions and treatments afforded to the convicts. It also has a promotional role concerning human rights in the country and reviews any situations that prevent the enjoyment of these rights.

The other 2 divisions will be discussed in the next sub section as it is linked with other acts of parliaments.

4 – The National Preventive Mechanism Act 2012

This act was legislated in line with the Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and thus to set up a National Preventive Mechanism Division alongside the NHRC. This division is deals with the rights of the detainees and can visit places of detention as well as investigating any complaint that made by detainees. This division is empowered to have access to all information concerning detainees and to the treatments afforded to them.

5 – The Police Complaint Act 2012 and the Police Complaint Division

The Police Complaint Act provides for a proper division known as the Police Complaint division in order to better investigate into complaints made against the members of the police force. This Division has the function to look into suspicious death of persons while being in police custody. It has the jurisdiction so summon any witness before it as well as to visit places of detention.

6 – The Equal Opportunities Act 2008

The essence of human rights teaches us that all human beings should be equal and thus in the same line of thought, the Equal Opportunities Act (EOA) was legislated in order to promote equal opportunities between persons and to prevent discrimination based upon status or by oppression or victimisation. The act

establishes a list of activities whereby discriminations is strictly prohibited which includes the world of employment, education, sports or even in access to premises.

a – The Equal Opportunities Commission

By virtue of the Article 27 under the Part VI of the EOA, the Equal Opportunities Commission (EOC) was established in order to eliminate all forms of discrimination and promote equal opportunities to everyone. It's Chairperson and the members are appointed according to their knowledge and expertise in the field. The members are appointed by the President acting on the advice of the Prime Minister after having consulted the leader of the opposition. This shows the fairness and independence of the EOC.

The EOC is empowered to resolves cases by reconciliation and it has been unsuccessful, the matter has to be referred to the Tribunal.

b – The Equal Opportunities Tribunal

No act is properly implemented without a tribunal. The EOC provides for the Equal Opportunities Tribunal according to Article 34 which shall consist of a President and 2 other persons. However, it only has jurisdiction to hear complaints referred to it by the EOC. It can also issue interim orders in cases of urgency. Moreover, it only entertains complaints whereby the complainant has sworn a voluntary statement to waive his rights to initiate civil proceedings in front of a court in Mauritius. Appeals are also allowed in front of the Supreme Court within 21 days of the date of order of the Tribunal.

C. - The African Charter as an enhancement to local human rights laws.

Mauritius has certainly equipped itself with a strong legal framework in order to combat human rights violations. As seen above, laws have been legislated in order to meet global standards provided by international charters. However not every structure proves to be effective and there exists certain areas which demands for attention.

The African Charter provides for an effective alternative to fulfil to void and loopholes that cripples the human rights protection in the country. Having a charter tailor made to suit the requirements of the African society, facilitates the protection of human rights in Mauritius as well.

1 – What can Mauritius benefit from the Charter?

The Charter is unique when compared to its European and American counterparts. The distinctive features of The Charter can assist Mauritius in combating human rights violations.

One of the first features concerns the equal treatment that is afforded to the first generations of human rights namely the civil and political rights as well as the second generation of human rights which is the economic, social and cultural rights. In line with the African values, The Charter also includes the duties of individuals. One of the commendable achievements of The Charter concerns the third generation of rights as it is the only international charter to include these rights. The 'peoples' rights' are also given effect in the African Charter broadening the ambit of the right holders which are also known as the solidarity rights.

2 – The Economic, Social and Cultural rights (ESCR)

Human rights are often divided into "3 generations of rights" (Kiwanuka, 1988: 88-91) and the Economic, Social and Cultural rights are considered as the second generation of rights. What can be inferred from these generations is that the protections of certain types of human rights are considered to be predominant upon other rights. The generational classification paved its way into the Mauritian legal framework and its expression is to be found in the way the Chapter 2 of the Constitution is drafted. Only Civil and Political rights are afforded protection under the Constitution. Rights such as the Right to Education, Culture or Health are nowhere to be found in the local jurisprudence.

This disparity can be weakened by the Charter which consolidates the notion of indivisible and interdependent human rights. The fact that ESCR are drafted in the same document proves that it is given the same priority ensuring the protection and promotion of all rights. The African Commission has also established a "Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Right" which sets out that states have some positive and negative duties which englobes the obligation to "respect, protect, promote and fulfil" these rights. There is a minimum core obligation that all states should follow in order to achieve a constant and progressive realisation of the ESCR human rights. National plans and policies have to be set out in order to be in line with the Commission's principles.

One of the best know example where the Commission has intervened in order to curtail the human rights violations occurring can be ascertained in the case of *Social AND Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v*

Nigeria. It was alleged by the NGOs SERAC and Centre for Economic and Social Rights (USA) that the Nigerian government, through its military powers has helped an oil company in its operation which has caused environmental degradation resulting in health problems amidst the Ogoni people. Moreover, Nigerian forces have attacked Ogoni villages when they tried to protest. The merits of the case are based upon the obligation of a state to respect, protect, promote and fulfil those rights which involves certain positive and negative duties.

The federal republic of Nigeria was found to have disregarded its duties as it has not taken any appropriate steps to protect the human rights of its citizens. In doing so, the Nigerian government has violated the right to health and the right to a satisfactory environment recognised under article 16 and 24 of The Charter respectively.

By engaging directly in the oil production and disregarding the regulation of the oil companies, the respondent state has violated the right of the Ogoni people to freely dispose of their wealth as mentioned in article 21. The government should have taken positive measure in order to protect its people from damages caused by third parties and not engage itself in perpetrating those acts.

Moreover, the Nigerian government was found to have violated the right to adequate shelter by an implied reading of the article 14, 176 and 18(1) as they have destructed the Ogoniland. A destruction of the houses of the Ogoni people causes a direct prejudice to their family, property and health. The state had the minimum obligation not to destroy those houses and protecting them from other individuals or non-state actors violating their human rights.

By contaminating and destroying their food resources, their right to food was disregarded. This right is implicitly found in Article 4 dictating the right to life, article 16 which relates to the right to health and article 22 which concerns the right to development. The right to food is essentially linked to the dignity of human beings and thus is directly related to the right to life, health and development. Finally, the widespread killing that was perpetrated by the security forces violated the most basic right which is the right to life.

This case clearly depicts the obligations of every state to respect, protect, promote and fulfil all the rights of the African charter equally.

3 – The duties of the individuals

One of the most commendable innovations of the African Charter, embodied in its Chapter II, concerns the Duties. Compared to its European and American counterpart, by incorporating the duties in the individual, the African

Charter has demarcated itself. It is very rare, or even impossible to find a legal instrument to integrate duties as part of a legal ground. This is nowhere to be found in the Mauritian legislature.

Article 27 of The Charter specifies that all individuals have duties towards their "families and the society, the state and other legally recognised communities and the international community". Article 28 encompasses the duty to respect every human being without discrimination. An individual also has the duty to maintain relationships in order to promote, safeguard and reinforce respect and tolerance.

It has to be reminded that The Charter provides for no derogation clause which means that violations of the rights and freedom protected by the African charter cannot be justified under any emergency situation or any other special circumstances. However, the Charter does provide for a limitation on those rights and freedoms under the article 27(2) which clearly explains that the provisions of The Charter are not inexhaustible. These rights have to be exercised in accordance to the "rights of others, collective security, morality and common interest".

After the annulment of the elections in1993, the Nigerian government issued several decrees, one of which proscribed to seal premises of certain magazines and banned the sales of those magazines. It was also punishable by the law to operate a newspaper without registration. However, these registrations were controlled a board which was set by the decree. The fees imposed for registration were considered to be unfair and expensive. The laws in the decree were also made retroactive albeit the fact that these decrees were also declared null and void by the High Court and the Lagos High Court.

One of the other decrees concerned the ousting of the jurisdiction of the court which the military government explained by the fact that "resourced of litigation becomes too cumbersome for the government to for what it wants to do".

What concerns us in this case is about the explanation given by the commission upon the article 27(2) whilst arguing whether the Nigerian State has violated the article 9(2) which relates to the restriction on the dissemination of information by law.

The commission states that the only basis for a legitimate reason to limit the rights and freedoms enshrined in the African Charter should be based upon the article 27(2). "The reasons for possible limitations must be founded in a legitimate state interest and the evils of limitations of rights must be strictly proportionate with and absolutely necessary for the advantages which are to be obtained." It is important to assure that a limitation does not have a repercussion upon the law itself making it illusionary.

What can be inferred from the reasoning of the commission in the case of Media rights Agenda and Others V Nigeria is that for a state to invoke article 27(2) for any limitations of the rights and freedoms, it should be based upon 3 criteria. Firstly, it should be in the state's interest to do so. The harms caused by the limitations should be comparable to and essential for the benefits acquired from it. Finally, it has to be assured that consequences of these limitations do not delude the basis of the law itself. (Media rights Agenda and Others V Nigeria (2000) AHRLR 200 (ACHPR 1998))

4 – The Third Generation of Rights: The Peoples' Right

A reading of the African Charter clearly demonstrates that the legislators have shifted the limelight accorded to individuals in human right to peoples. These rights accorded to the peoples were classified by Karel Vasak(1977) as being the third generations of human rights. In contrast to the first and second generation of rights, the third generation addresses the collective social groups, which is why it is often termed as solidarity rights.

The enjoyment of certain specific human rights is associated to the collective groups. Karel Vasak (1997) explained the link between the solidarity rights and groups as follows: "…*they can be realized only through the concerted efforts of all the actors on the social scene: the individual, the state, public and private bodies and the international community*."

Thus, there need to be a concerted effort from different groups in the society in order to achieve those rights.

In an attempt not to obfuscate the demarcation between the three generations of rights, it is crucial to distinguish the right holders of the solidarity rights termed as "people" in The Charter. According Hens and Stefiszyn(2006, 63), the characteristics of the term people can be described as "the main attributes of peoplehood are presented, namely commonality of interests, group identity, distinctiveness and a territorial link. It is clear, therefore, that 'people' could refer to a group of persons within a specific geographical entity."

In the case of Jawara v The Gambia (2000) AHRLR 107 (ACHPR 2000), the president of Gambia was deposed by a military coup d'état in 1994. The political party of the former government was even prevented from participating in any political activity. The Commission recognised that the regime came into power by force, although in a peaceful manner. It cannot be ignored that this cannot be considered as the "will of the people" as the new government was not voted through the elections. Thus, the military coup d'état was in grave violation of Article 20(1) which edicts the right to self-determination of one's political status.

III. - Is Mauritius making proper use of the regional protection mechanisms?

A. - Proper use of the African Court and the African Commission

Till date Mauritius has not signed this reservation and has not approached the African court for any of the human rights violations cases It is arguable that there are very few human rights violations that occur in Mauritius but it would have been interesting to have the opinion of the African Court and the African Commission on certain issues that Mauritius is dealing with in the field of human rights.

1 – The Chagossian Case

a – A brief historical account

Diego Garcias was once considered as the only inhabited island of the group of atolls. It is nowadays renowned to be the largest out of country secretive military base of the United States Military. It has been claimed that at the time of its negotiations for its independence, Mauritius has sold the island to the United Kingdom in 1965(Boolell: 2010).. As from 1968, the United Kingdom started to clear Diego Garcias in an aim to build a military base for the United State. The United Kingdom still holds ownership of the island but it has leased Diego Garcias for 50 years initially to the United States. (Lunn, 2011: 3)

Amidst the two powerful countries, the unfortunate Chagossians were left stranded upon their own faith. Through the Immigration Ordinance in 1971, it was made unlawful for any person to enter the island without a permit. The entire Chagossian civilisation was forcefully deported to Mauritius, Seychelles and part of them to United Kingdom. In return they were given a compensation to assist their resettlement and also to a trust fund were created in their benefit.

b – The legal battles in the British Courts (2000-2016)

Chagos islands have been in the international limelight for the past two decades due to the numerous cases filed because of the eviction of its inhabitants. Olivier Bancoult brought a claim for the judicial review of the 1971 ordinance at the British High Court contesting its legality. The Guardian reported that in 2000 the High Court ruled that the Immigration ordinance was illegal and that the removal of the islanders were unlawful, granting them the right to return to their country. (Doward: 2016)

However in 2004, the British Government nullified the court's decision by invoking the royal prerogative to ban the Islanders from returning to Diego Garcias, giving numerous reasons involving a feasibility study which revealed that the resettlement of those Chagossian would be costly and would not be environmentally sustainable.

The Chagossian Refugee Group did not concede defeat easily and challenged the decision against the 2004 Order. The Court again considered that these Orders were unlawful. However at this instance, the Government appealed to the High Court. Yet again, the court of appeal found that the Orders in Council to prevent the Islanders to return to their native land were unlawful. It even declined the Government the permission to pursuit the case to the House Of Lords.

In 2007, the Government petitioned the House of Lords directly which ruled in favour of the government preventing the Chagossians to return to their homeland.

The case was even brought in front of the European Court of Justice in December 2012 which adjudicated that it had no jurisdiction to examine the claim of the Chagossian.

c – The issue of sovereignty

The other outstanding dispute concerns the sovereignty of the Chagos Island between Mauritius and United Kingdom. Successive Mauritian governments have claimed the sovereignty of the island over the BIOT, contesting the fact that Chagos was illegally detached from Mauritius before its independence in 1968. Mauritius argues that the United Kingdom has been in violation of the UN general Assembly resolutions which urged for independence of all colonies and called on United Kingdom to refrain from taking actions that affect the territorial sovereignty of Mauritius while granting it its independence. However United Kingdom has always refuted this claim but it has asserted that to cede the BIOT to Mauritius once the Island is no longer of use as a military base.

d – What if this case was brought in front of the African Commission or the African Court?

Case against the United Kingdom. Unfortunately neither the African Court nor the African Commission would have the jurisdiction to hear the case of the Chagossian and Mauritius simply because the United Kingdom is not a party to the African Charter. These institutions are regional protection mechanisms.

Mauritius V United Kingdom. However, under the basis of the article 45(1) (a) and 45(3), the Commission has the jurisdiction to give an advisory

opinion upon the matter of sovereignty upon Chagos upon the request of Mauritius by interpreting the provisions of the Charter. This was the case when the assembly of head of states and governments of the African Union requested the Commission to give an advisory opinion upon the Declaration on the rights of indigenous people by the United Nations.

Having an advisory opinion would better equip Mauritius to approach the United Nations as it is currently doing concerning the sovereignty of Chagos. The advisory opinion would have an important political implication as it would raise awareness among the African states to rally to the cause of the Chagossian if ever the case comes in front of the General Assembly of the United Nations.

Chagos Refugees V Mauritius. The Chagos refugees still have a course of action which they have not yet envisaged. Shedding light upon the fact that the chagossian were left stranded on their own in a new territory, Mauritius should bear some of the responsibilities as well. History proves that it was the delegation of Mauritius had decided to sell the island during the negotiations of its independence. (Boolell: 2010). Most of the Chagossian now reside in Mauritius in the regions of Cassis and Roche-Bois It might be of concern to mention here that these regions are considered to be one on the most poverty-stricken area.

Under this aegis, the Chagossian could approach the African Commission upon this matter. It has however to seek redress from the local jurisdiction first before seeking redress from the Commission or the Court.

Outcome of the case if it was submitted to the African Commission. This part of the dissertation would deal with the decision of the African Commission if ever all the criteria under article 56 of the African Charter are fulfilled. It is argued that Chagosssian are a distinct community which need special protection.

Violation of article 2. There is an undeniable violation of article 2 of the African charter which prohibits the discrimination of people. This article guarantees the enjoyment of all human rights irrespective of their "national and social origin". Taking the case of the **Chagossian** refugees, Mauritius does violate their rights on the basis of their national status.

Violation of article 12. By taking away the right to freely choose their residents, Mauritius has violated the article 12(1) of the African Charter. It has to be made clear that Mauritius was certainly not their residence but it was their only choice as they were subjected to exile form their island. Stepping on the Mauritian soil, they still faced difficulties to obtain a proper residence as they were put in slum areas and left on their own.

Violation of article 14, 16 and 18(1). According to the case of SERAC V Nigeria, the consequence of the combination of the provisions protecting the right to enjoy the best attainable state of mental and physical health according to article 16, the right to adequate property under article 14 and the right to right to be protected as a family unit can be implicitly considered as the right to shelter or housing which the Nigerian government has violated.

Violation of article 17(2) and 17(3). In the case of Endorois, the African commission was of the view that every government has a higher duty of taking positive steps to protect groups and communities but also to promote cultural rights including the creation of opportunities, policies and mechanism that allow different way of life to coexist. They also have the duties to prevent those communities to face challenges such as extreme poverty. Mauritius is in clear violation of the article 17 as the refugees were left on their own without proper inclusion in the society. The lack of willingness of Mauritius to protect the Chagossian constitutes a violation of its duties.

Therefore, in this case as well, by virtue of the forced removal of the Chagossian from their native land in such a treacherous way is considered a violation of all these rights. Under the article 12(2), the refugees also have the right to compensation.

Violation of article 20. By refusing them the right to return on their island, the refugee had their right to self-determination violated. They were forced to exile that their island and there opinon was not sought while deciding upon this matter.

Violation of article 22. The right to development has been discussed in the case of Centre for minority right development (kenya) and minority rights group international on behalf of Endorois welfare council V Kenya whereby it was concluded that a government must consult and respect the people especially in dealing with sensitive issues as land. This was also the case of the Chagos. The people living on the island were not consulted before their evictions and this there is an undisputable violation of the article 22 by the Mauritian government.

2 – The case against the Best Loser System

The best Loser system forms part of the electoral system of Mauritius and till date it has been surrounded by controversies and it was even criticised by the United Nations. To better understand the case, it is imperative to study the Mauritian electoral system.

a – The electoral system of Mauritius

Having distinct features, the electoral system is established under the first schedule of the Constitution. Mauritius has a unicameral system whereby the Members of parliaments are elected from 21 constituencies by universal adult suffrage. There are 20 mainland constituencies returning 3 members of the Parliament and 1 constituency for Rodrigues returning 2 members after the elections.

In an attempt to guarantee political stability, multi ethnic countries provide for an effective representation of the minorities, despite the fact that their voting power can be considered to be insufficient to join the parliament.

b – The functioning of the Best Loser System (BLS)

The BLS can be traced back to the Banwell Commission which proposed to allocate 8 additional seats through direct suffrage. This system was adopted to reflect the multi-cultural society of Mauritius more specifically to protect the minority ethnic groups such as Christians, Muslims and Sino-Mauritians according to a 1972 population census.

According to the first schedule of the constitution of Mauritius, every candidate is obliged by the law to indicate his community affiliation on the nomination paper at the expense of s his candidacy being rejected. The candidates make a choice between the Hindu, Muslim or Sino-Mauritian community. Based on his or her way of life, if the candidate cannot be categorised under any of the three communities, the candidate is then deemed to belong to the General Population.

c – The controversies

The functioning of this system has been plagued by controversies. There have been numerous calls for an electoral reform. The use of the 1972 census was even criticised by The Supreme Court of Mauritius which has expressed its reservations upon the fact that the allocation of best losers seats “in the year 2000 will apply the figures of the 1972 Census creates a situation which may not reflect reality (Narain et al v. Mauritius Communication No.1744/2007) It can also be argued, instead of contributing to a harmonious cohabitation of all the ethnic groups, the best loser system could exacerbate these communal divisions

The law in Mauritius provided that every candidate had to mandatorily declare to which community they belong to. The Supreme Court of Mauritius has ruled that “there is a legal obligation for candidates to declare on their nomination

papers to which community they belong and that without this information the nomination is invalid'.

d – The legal battles

There has been a consensus by different stakeholders that there is an urgent need for an electoral reform however, there is a huge political unwillingness whereby major political stallholders are reticent to bring about any change in the electoral system.

e – Lalit

One of the first oppositions came from Lalit, a left winged party, whose members drew lots to arbitrarily declare their communities. Nonetheless, they were prosecuted in 2005 and the Judges even acknowledged in his judgement that it was embarrassing for him to determine a candidate's community and thus he finally concluded to classify them a "General Population"

f – Rezistans Ek Alternativ

It is interesting to note that another left-wing party *Rezistans ek Alternativ* has been militating for the complete abolition of the BLS on the fact that it institutionalises communalism by imposing upon candidates to declare their communities to be able to participate in the elections.

In 2005, their struggle culminated to a turning point during the general elections. The members of that party purposely enrolled themselves as candidates for the general elections without mentioning their ethnic affiliations, even though they were aware that their candidacies could be subject to a rejection according to the Constitution. Consequently, *Rezistans ek alternativ* appealed to the Supreme Court whereby the judge ruled that the demand for electoral candidate to declare ones ethnic background constituted a violation of the constitutional provisions.

However, the Electoral Supervising Commission contested that judgment and thus a full bench panel of the Supreme Court quashed the judgement declaring that it is a legal obligation for the candidates to declare their communities on the nomination forms and failure to do so amounts to a rejection of their candidacies.

Rezistans Ek Alternativ decided to pursuit their legal battle in front of the Judicial Committee of the Privy Council. However, in 2007 they were not granted leave from the Supreme Court to proceed with their case to the Judicial Committee Privy Council.

Rezistans Ek Alternativ did not abandon their fight against communalism and decided to approach the UNHRC. They wanted to bring light to the infringement of their fundamental rights under Article 18, 25 and 26 of the ICCPR on an international level. The committee in 2012 decided that rejection of candidacies due to the failure of ethnic declaration was a human rights violation under Article 25(b) of the ICCPR. The committee even imposed certain obligations upon the government to be fulfilled within a time limit of 180 days which includes to update the 19972 census and to consider whether the BLS is still imperative for Mauritius.

g – Entering the case of BLS in front of the African commission

It would be interesting to read the judgement of the Commission in this case. An in-depth analysis of previous decisions and the facts of this case have resulted in what might be the conclusion of the court concerning the best loser system.

Admissibility. The case could have been heard in front of both the commission and the court. The admissibility of the communication to the commission is governed by the article 56 of the Charter and the same provisions are reiterated under article 6 of the African Court's protocol. This case does fulfil all the requirements set out, specifically under the article 56(5) which mentions the exhaustion of local remedies. This rule can be considered to be one of the most important conditions for admissibility of communications which has been fulfilled by *Rezistans ek alternativ*.

Violation of Article 1. First of all, there is an alleged violation of the Article 1 by demanding the candidates to declare to which ethnic groups they belong to.

According to the case of Jawara V The Gambia, "Article 1 gives the Charter the legally binding character always attributed to international treaties of this sort. Therefore a violation of any provision of the Charter automatically means a violation of Article 1. If a State party to the Charter fails to recognise the provisions of the same, there is no doubt that it is in violation of this Article." (46p.p).

By refusing a candidacy based upon the fact that he has refused to declare his ethnic belonging, the government restricts the enjoyment of the rights present in the Article 1.

Violation of Article 2. The provision under the first schedule was in restriction of the enjoyment of the rights and freedoms enunciated under Article 2 of the Charter. This article forms the basis of the right to non-discrimination. In the general elections held in 2010, 104 candidates were rejected for their failure to

declare their community affiliation. It is clear that in order to be able to stand as a candidate, the community declaration is of utmost importance proving that the Mauritian electoral system places significant burden upon the ethnic backgrounds of the candidates. The government of Mauritius is in clear violation to the article 2.

As in the case of The Nubian Community in Kenya V Kenya (communication 317//06(2015), the commission reiterates that "differential treatment on the basis of ethnic and religious affiliations is specifically prohibited under Article 2 of the Charter..."

Violation of Article 3. The case of Purohit and Another v The Gambia (2003) AHRLR 96 (ACHPR 2003), the paragraph 49 explains the article 3 as being the guarantor of fair and just treatment of individuals within a legal system of a given country. These principles are considered as non-derivable and must imperatively be respected by all state parties.

Under Mauritian law, all candidates are not considered equal. If ever they are not willing to declare their ethnic belonging, they are discriminated by the provisions of the constitution in standing as candidates.

Violation of Article 13 and 20. Article 13 of the Charter provides for the right to participate freely in the government of his country. The fact that there exist certain criteria, based upon the declaration of one's ethnicity, in order to validate ones candidacy violates the right of any Mauritian to freely participate in the government of his country. Any standards applied to the exercise protected under article 13 should have objective and reasonable basis.

The regulation 12 paragraph 5 of the National Assembly Elections Regulations 1968 and paragraph3 (1) of the First Schedule of the constitution violates the article 13 as they create unjustifiable restrictions upon candidates.

Article 13 has interpreted in the case of Legal Resources Foundation v Zambia (2001) AHRLR 84 (ACHPR 2001) whereby the African Commission held that the phrase 'in accordance with the law' does not allow states to create legislations that discriminates an individual from freely exercising his right under article 13 and thus the "provisions of the Charter should be interpreted in a holistic manner with all clauses reinforcing each other." (Mahadew, 2014)

The general comment 25 of the United Nation provides that any people who are eligible as candidates should not be excluded by discriminatory requirements.

The article 13 is reinforced by article 20 in the protection of the right to self-determination which provides for the right of peoples', including that of minorities to freely determine their political status.

3 – Environmental law

a – Background of environmental law

Environmental law in Mauritius has a very developed legal framework in Mauritius with a plethora of local legislations. The word "environment" is given a definition under the section 3 of the Environment Protection Act 2002. This was further elaborated by the court in the case of Mesnil Investment Co. Ltd v Environment Appeal Tribunal & ors (2000) SCJ 172, "…the protection of the environment is an all embracing concept which not only deals with environmental issues proper, but also deals with public interest issues or issues affecting the welfare or economy of a state."

It has to be pointed out that the Mauritian Constitution does not provide for a right to environment as it is the case of the Seychelles Islands. The EPA does provide for measures and safeguards against the degradation of the environment such as the imposition of fines according to its article 85.

Nevertheless, can we say that these measures are enough to protect fundamental right to environment which is directly linked to the right to sustainable development and to the right to life? The Supreme Court of India went to the extent to infer the right to environment from the right to life in the case of Mukti Morcha V Union of India (1997) 10 SCC 549. However it can be argued that the Supreme Courts of Mauritius adopts a very conservative approach concerning the interpretation of laws, thereby it will be very improbable to say whether the right to environment could be inferred form the right to life in Mauritius as well.

b – The case of Yan Hookoomsing and Ors V Le Chaland Hotel Ltd and Anor

This case concerns an application in front of the Environmental and Land Use Appeal Tribunal for an interlocutory injunction against the construction of a hotel by the respondent at Le Chaland. The appellant wished contest the decision of the District Council of Grand Port for having granted a Building and Land Use Permit (BLUP) by depositing an appeal at the registry of the tribunal within the time frame of 21 days.

This appeal was firstly heard before the Tribunal in order to determine whether the applicant had locus standi to bring the application. To demonstrate that the applicants have locus standi, they should suffer from "special prejudices" and secondly they should have "a legitimate personal interest" in the case. (Ricot v Mauriplage Beach Resort Ltd 2004 scj 329)

The applicant has stated that they fear they lose their right to enjoy the beach due to the sand erosion caused by the disruption of sand dunes which may affect the ecosystem. The applicant contests the fact that hotel would be constructed on sand dunes and thus the possible digging done would detrimental to the ecosystem. The instability of the ecosystem could affect the Blue Bay marine Park which is situated nearby.

It was concluded that the environment is a concern for each individual and that everyone bears a duty to protect the environment. Damages caused to the environment can be irreversible which in turn cannot be compensated by any pecuniary consideration.

This case was brought to the tribunal to determine with whether the interlocutory injunction should be granted or not. First of all, under the Mauritian law, no injunction can be granted if damages would be an adequate alternative remedy to the applicants and whether the respondent can afford to pay those monetary damages. It is clear that the issue at hand concerned the irreversible impact of the project on the environment. If ever the injunction is not granted and the construction processes starts, the battle to preserve the ecosystem would be lost.

The tribunal adjudicated on this matter by granting the interlocutory injunction in order to preserve the ecosystem pending the main case.

c – Outcome if the case was brought in front of the African Court

A thorough analysis of the Mauritian environmental law and the case mentioned above leads to the conclusion that the right to environment in not provided as such in under the Mauritian jurisdiction. Group actions are normally brought by NGOS under the ambit of the "public interest litigation" which is unfortunately not recognised under our jurisdiction. The case of Hokoomsing was also fought on procedural grounds rather on the basic right to a proper environment.

Therefore, the African court or the African commission would be the correct avenue to seek for redress. It has to be highlighted here that Mauritius has not yet submitted its Declaration under Article 34(6) of the African courts protocol. This part would be dealt with in the recommendations.

d – The decision

This decision is based upon the hypothesis that the communication has fulfilled all the criteria under the African Charter

The duties of the state. It there is a wide range of rights that have been violated in this case. It has to been pointed out that according to international standards, in order to adhere to human rights, states have to comply with certain duties. These duties can be broken down in 4 levels; the duty to respect, protect, promote and fulfil the human rights under any charter. These duties entail certain negative and positive actions from the state. It has been explained in the case of SERAC V Nigeria that every states burdened themselves with these duties once they become a party to the African Charter.

The state of Mauritius would be found to be in violation of the following articles of the African Charter if ever the hotel is constructed.

Violation of Article 1. First of all there is a violation of article 1 as explained by the case of Jawara V The Gambia as explained above under the paragraph 4.2.2.8.

Violation of article 16 and 24. If the project of constructing the hotel goes forward, it is an undeniable fact that the right to health and the right to clean environment under the article 16 and article 24 respectively would be violated as the State would fail to respect its minimum duties.

According to the article 16 of the Charter, states should take necessary measure to protect the health of the people. This has not been taken care of in the case of the construction of the hotel.

Article 24 establishes the need for a healthy and clean environment which imposes clear obligations on any government. As explained in the case of SERAC V Nigeria, the state has the duty to take reasonable measures to prevent environmental degradation and to ensure sustainable development.

It is clear that the hotel would be constructed on sand dunes that would lead to san erosion. People would also be prevented the direct access to public beach. The state has failed to enact appropriate measures to protect its citizens from environmental and health problems.

The state would fail to protect the citizens from the pollution that would be caused by the construction of that hotel hereby harming the health of the people residing nearby. By awarding the BLUP, the state has participated in the harm that could be caused by the construction process. It has given the greenlight to Le Chaland to devastatingly affect the wellbeing of the neighbouring residents.

The case of SERAC V Nigeria points out that states also have a responsibility to protect their citizens against "damaging acts perpetrated by private parties." There is an obligation to take steps in order to make sure that the enjoyments of the rights are not disturbed by private parties.

5 – Benefits for Mauritius

By virtue of having ratified The African Charter, Mauritius has the responsibility and obligation to abide by the Charter and the Guidelines set by the Commission for the safeguard of all second generations of rights on its territory at the expense of facing legal reprisals if a case in entered at the Commission or the Court or even face regional condemnation. Mauritius can highly benefit from the duties found in chapter II in order to justify any limitations which are in line with the Charter's standards.

It can be clearly deduced from the case of Jawara v The Gambia that a collective group was regarded as the right holder under Article 20(1). The third-generation rights are not incorporated in the Mauritian jurisdiction and thus the protection of these human rights would be impossible by the local courts.

To sum up, being a party to the African Charter expands the protection of human rights afforded to Mauritians.

B. – Conclusion and recommendations

In order to conclude on this subject, let us remember what Nelson Mandela has once said:

"To deny people their human rights is to challenge their very humanity"

Therefore, their regional human rights mechanism exists in order protect human kind. By having signed and ratified the African Charter, Mauritius binds itself to the entire legal obligation pertaining to the civil and political rights, socio economic rights as well as the people's right. Mauritius cannot under any circumstances derogate from those rights.

A profound analysis of the legal framework in chapter 3 can lead to the conclusion that they seem to be working effectively. Even if the socio-economic rights have not been included in the constitution of the Mauritius, they are awarded due protection. Moreover, Mauritius seems to be a country where most of the human rights are protected. This can be deduced from the low number of cases that have been reported until now.

So far, the question about the use of the African Court or the commission has not risen in Mauritius. The analysis of the cases in chapter 4 leads us to think that Mauritius should consider using the avenues of the mechanism under the African Charter. The unique features would undeniably enhance the human rights protection in Mauritius. In the event of the cases analysed, the African commission and the African court can provide remedies for relief that would probably not be available under Mauritian law.

Therefore, there should imperatively be an increase in the relevance of the Charter and its protective mechanisms. In this view, a change of mind-set is primordial for the court and the commission to become supranational enforcement bodies.

The aim and objectives of this dissertation was to assess whether Mauritius is making an effective use of the African Charter and its corresponding mechanism for the violations of human rights. It could be deduced that the Charter can proves to be an effective redress mechanism in case of violations. Consequently, the recommendations that can help to improve the situation of human rights are listed below.

1. Mauritius must submit a declaration under article 34(6) of the court in order to allow individuals and NGOs to submit cases to the African Court. This would definitely be beneficial for the protection of human rights in Mauritius.

2. There is a lack of awareness amongst the population as well as among the law practitioners of the avenues that are available to seek redress from the regional human rights protection. The state should take measure in order to palliate for these discrepancies. Mauritius also has an obligation under article 25 to educate its population about the rights and duties under the African Charter.

3. The last recommendation concerns the people who have suffered from human rights violations as analysed in cases under chapter 4. The parties aggrieved in those cases were the Chagossian refugees, *Rezistans ek Alternativ* and the Mr Hookoomsing and the co applicants in the case of Hookomsing v Le Chaland. Firstly, to urge the victims to submit their cases against Mauritius to the commission. Individuals are allowed to submit their cases to against state that have ratified the Charter. They can also request NGOs with observer status, to submit cases on their behalf. The commission can further submit their cases to the Court to adjudicate on the matter at hand. In the event that Mauritius submits a declaration under the article 34(6), the victims can ask the court to adjudicate on the matter directly after fulfilling all the requirements.

Bibliography

A. Books

- Gasiokwu (2001) Human Rights- History, Ideology and Law, Nigeria, Mono Expressions

- Kembabazi(2012), a critique to the accessibility to the African court for Human and Peoples' Right by individual and NGOs: drawing experience from the inter-American and European system, thesis, central European university, pp 24-25

- Mathur H Parliament in Mauritius (1991) Mauritius: Edition de L'ocean Indien

- Hens, Stfiszyn (2006), Human rights, Peace and Justice in Africa: a Reader, Pretoria University Law Press, pp 63

B. Academic Journal Articles

- Dersso.A (2006) 'The jurisprudence of the African Commission in Human and People's Rights with respect to people's rights', African Human Right Law Journal Vol 6, No 2 2006, pp 333

- Zimmermann, Bäumler (2010) 'Current Challenges facing the African Court on Human and Peoples' Rights', KAS international Reports, Vol 7 pp 38-39

- Heyns.c (2001) 'The African regional human rights system: In need of reform?', African Human Rights Law Journal, Vol 1, No 2, pp 158

- Wachira. G, Ayinla. A (2006), 'Twenty years of elusive enforcement of the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights: A possible remedy', African Human Rights Law Journal, Vol 6, pp 467-468

- Udombana. N (2014), Toward the African Court on Human and Peoples' Rights: Better Late Than Never', Yale Human Rights and Development Journal, Vol 3, pp 47

- Saffari. A (1999) 'The Enforcement of Human Rights in Africa with Reference to Tanzania,' pp 301-302

- S. Lyons (2006), The African Court on Human and Peoples' Rights, Pain [electronic], Vol 10, no 24:

https://www.asil.org/insights/volume/10/issue/24/african-court-human-and-peoples-rights [23 Jan 2017]

- Kiwanuka (1988), The Meaning of 'People' in the African Charter on Human and Peoples, American Journal of international Law, Vol 82, No 1, pp 88-91

- Karel Vasak (1977), Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", UNESCO COURIER, Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, Vol 30

- Lunn. J (2011), The Chagos Islanders, International Affairs and Defence Section, House of Affairs Library, pp 3 Available:

http://leadership-for-change.southernafricatrust.org/downloads/module_2/Chagos%20UK%20Briefing%20Paper.pdf [14 April 2017]

- Fessha, Fo Tu Nam (2015), Is it time to let go? The Best Loser System in Mauritius, Afrika focus,Vol 28, No. 1, pp. 63-79

C. Newspapers Articles

- Doward.J (2016), Chagos Islanders' fate to be decided by top court, The Guardian (26 june 2016) available: https://www.theguardian.com/world/2016/jun/25/verdict-chagos-islands-45-year-fight-home [15 may 2017]

- Sithanen R(2013) 'The Best Loser System –Can the new Prime Minister rise to the national unity challenge', L'express (6 October 2003)

D. Local Legislations

- Constitution 1968

- Protection of Human Rights in 1998

- Protection of Human Rights Amendment Act2012

- HIV and AIDS ACT 2006

- The Equal Opportunities Act 2008

- The National Preventive Mechanism Act 2012

- Police Complaints Act 2012

E. International Law

- African Charter on Human and Peoples' Rights

- Protocol on the African Human Rights Courts

- General Comment no. 25 of the United Nations

- International Covenant on Civil and Political Rights

- International Covenant on Economic, Social, Cultural Rights

F. International Case Law

- Lawyers for Human Rights v Swaziland (2005) AHRLR 66 (ACHPR 2005)

- Kalenga v Zambia (2000) AHRLR 321 (ACHPR 1994)

- Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v Nigeria (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001)

- Media rights Agenda and Others V Nigeria (2000) AHRLR 200 (ACHPR 1998)

- Jawara v The Gambia (2000) AHRLR 107 (ACHPR 2000)

- Purohit and Another v The Gambia (2003) AHRLR 96 (ACHPR 2003)

- Centre for minority right development (kenya) and minority rights group international on behalf of Endorois welfare council V Kenya (AHRLR 75 (ACHPR 2009)

- The Nubian Community in Kenya V Kenya (communication 317//06(2015)

- Legal Resources Foundation v Zambia (2001) AHRLR 84 (ACHPR 2001)

G. Local cases

- Narain et al v. Mauritius Communication No.1744/2007

- Mesnil Investment Co. Ltd v Environment Appeal Tribunal & ors (2000) SCJ 172

- The case of Yan Hookoomsing and Ors V Le Chaland Hotel Ltd and Anor

- Ricot v Mauriplage Beach Resort Ltd 2004 scj 329)

- Mukti Morcha V Union of India (1997) 10 SCC 549

Colloque organisé par le Centre de Recherche Juridique (E.A. 14, Université de La Réunion), les 16 et 17 novembre 2017 – sous la direction de Cathy Pomart

REGARDS CROISÉS SUR LES ADDICTIONS

Propos introductifs

Dr David METE

Chef du service d'Addictologie à Saint-Denis, CHU de La Réunion

Président de la Fédération Régionale d'Addictologie

Mesdames, Messieurs,

C'est avec un grand honneur et beaucoup de plaisir que je participe à l'ouverture de ce Colloque.

Deux journées d'échanges, de présentations assurées par des intervenants de La Réunion, de la zone Océan Indien : Madagascar, l'île Maurice, les Seychelles et Mayotte ainsi que par plusieurs experts nationaux dont la reconnaissance dépasse les frontières.

Soyez remerciés pour votre présence, en particulier celles et ceux qui ont « sauté la mer » comme on dit par chez nous, afin de vous associer à cet événement : **Addictions, Lois et Justice : regards croisés**. Il faut remercier nos financeurs sans qui ce Colloque n'aurait pas eu lieu, leur soutien permet également qu'il soit accessible à toutes et à tous gratuitement. Notre profonde gratitude va aussi à l'Université de La Réunion qui nous accueille dans ce très bel amphithéâtre.

Il n'y a pas de société sans drogue, il n'y en jamais eu. Et pour reprendre l'expression du géographe Pierre-Arnaud Chouvy et du sociologue Laurent Laniel, « *l'usage de drogues est un invariant anthropologique majeur* ». Nous devons donc faire avec, qu'on le veuille ou non. Pendant ce Colloque nous vous

proposons de réfléchir comment faire mieux, de manière plus juste, plus humaine en laissant de côté les idées toutes faites, en abandonnant le prêt-à-penser.

Comme le disait Montaigne dans ses célèbres essais : « *La loi est loi non parce qu'elle est juste, mais parce qu'elle est loi* »[1].

Et notre loi en matière de stupéfiants en France date de 1970. Aucun gouvernement n'a eu à ce jour le courage politique de s'atteler à la refonte d'une loi que presque tous pourtant s'accordent à reconnaître désuète. Plus de 80 % des condamnations relatives aux drogues illicites, le sont pour des faits d'usages et de détention[2]. C'est vous dire le poids que représente dans notre système judiciaire la répression des usagers de drogues.

Le débat sur les drogues est-il possible en France ? Il fait partie de ces sujets clivants dans notre pays dit « des droits de l'homme » et qui prennent un tour passionnel, voir irrationnel comme on a pu le constater lors des derniers grands débats de société. Nous n'avons plus besoin d'idéologie, de discours politisés mais d'une réflexion de santé publique associée au droit, basée sur les nombreuses expériences conduites ailleurs (Uruguay, Etats-Unis, Canada, Suisse, Hollande, au Portugal...)[3], sur les données des études scientifiques mais aussi des sciences humaines.

La récente réforme qui fait passer l'usage de cannabis de délit à contravention est une évolution modeste qui demeure en complet décalage avec les constats et les recommandations des experts internationaux. Le système actuel demeure basiquement répressif. Notre gouvernement actuel a choisi le conservatisme en matière de drogues contre les évidences.

Près de 80 % des saisies de drogues sont du cannabis. Avec l'un des systèmes les plus répressifs, la France possède le taux de consommation le plus élevé d'Europe.

Le principe selon lequel l'interdit et la prohibition constituent la réponse de bon sens, la solution évidente, est simpliste et faux. Ce discours reste brandi avec démagogie par une part importante de nos politiques avec l'utopie, en filigrane, qu'un monde sans Drogue est possible pour reprendre le slogan de l'ONU (UNGASS) de 1998. L'interdit criminalise les usages, il stigmatise les usagers, il les éloigne du soin, il constitue le terreau fertile du trafic, favorise la désinsertion sociale, la transmission du VIH et des hépatites. Nous savons qu'il est contre-productif.

---

[1] MONTAIGNE, *Essais, Livre III, ch.13.*

[2] I. OBRADOVIC, « La réponse pénale en matière de stupéfiants », *Tendances n°103, OFDT (observatoire français des drogues et des toxicomanies), 2015.*

[3] Voir « Etude Cannalex », OFDT, *2017.*

Le drogué, c'est toujours l'autre. Et cet autre est souvent un bouc-émissaire bien utile pour certains partis et politiciens qui n'hésitent pas à surfer sur la peur du toxicomane.

Comment être crédible en tant que médecin addictologue face à ce jeune qui m'interpellait il y a quelques années en me disant : « *Docteur, mon père boit 2 litres de rhum par jour, il est saoul du matin au soir, cela ne dérange personne. Moi, pour avoir fumé un joint je me retrouve au tribunal, jugé et obligé de venir vous voir pendant 18 mois alors que je ne suis pas dépendant !* ». *Dura lex sed lex* (la loi est dure mais c'est la loi).

Et pourtant, l'un des fondements majeurs du droit humain est le droit à la liberté de disposer de soi, le respect de la vie privée et le droit à l'autonomie. Je peux boire plusieurs litres de rhum, dans certaines conditions, je peux me planter un couteau dans le cœur : ma liberté sera respectée.

Si je fume une taffe de cannabis, quel qu'en soit le cadre, il s'agit d'un acte puni par la loi, puni en théorie d'une peine pouvant aller jusqu'à un an de prison et 3 750 € d'amende. Une loi incohérente est condamnée à l'échec et ne peut être pédagogique ; elle ne fait qu'accentuer le clivage dans une société dans laquelle les générations ne se comprennent plus, dans laquelle les communautés s'opposent.

Aujourd'hui, de nombreux experts, des instances comme la Commission globale de politique en matière de drogues, présidée par Kofi Annam (ancien secrétaire de l'ONU), militent pour un changement de paradigme, pour une approche respectueuse des droits humains.

Ne plus pénaliser les usagers mais pénaliser le contexte de certains usages (route, travail, espaces publics) et les trafics. Et pour cela, nous ne pouvons bien évidemment pas nous passer du droit et des lois. La lutte contre les trafics est un défi qui nécessite que les pays travaillent ensemble, les saisies représentent une part minoritaire des volumes en circulation (10 à 30%), des substances très nocives sont aisément accessibles par Internet et commandables par les adolescents sans grande difficulté et livré par le courrier ordinaire.

Monsieur le Procureur, nous le confirmera vraisemblablement, la majorité des actes criminels sont commis sous l'influence de substances psycho-actives au premier rang desquels se situe l'alcool. Articuler nos prises en charge, travailler mieux ensemble : magistrats, SPIP, PJJ, … Prévenir la récidive, c'est aussi soigner les détenus en particulier. Il est fondamental que la prise en charge puisse se faire pendant la détention et poursuivie après la levée d'écrou. Période à risque maximale. Tâche compliquée avec la baisse de financement annoncée très récemment par l'ARS sur les MIG consacrées aux soins en prison (250.000 €) qui

risque malheureusement de se solder par l'arrêt pur et simple de la prise en charge médicale addictologique des détenus.

Cette politique de la prohibition associée à une surmédicalisation encouragée par les lobbies pharmaceutiques est responsable de la crise des opioïdes aux USA, crise sanitaire majeure USA à l'origine de plus de 69.000 décès annuels.

L'abus d'opiacés est un problème majeur de santé publique, en particulier dans la zone océan indien. Il me semble important de saluer les progrès réalisés dans la prise en charge de ces problématiques à l'île Maurice et aux Seychelles.

À l'île Maurice, nous sommes particulièrement heureux de la fin des errances de la politique criminelle de l'ancien ministre de la Santé Anil Gayan, juriste de formation, passé depuis au Tourisme. Rappelons que celui-ci avait décidé de proscrire la méthadone des nouveaux programmes de soins et tenté de limiter la distribution de seringues en discréditant les associations non gouvernementales d'aides aux patients. Combien de victimes suite à l'idéologie de cet homme qui citait pour modèle en matière de politique des drogues un certain Vladimir Poutine, « démocrate » reconnu. Notons au passage qu'Anil Gayan a été depuis nommé citoyen d'honneur de la ville du Tampon.

La problématique des addictions lorsqu'elle sort du champ du droit et du système judiciaire peut conduire au massacre de masse comme aux Philippines de près de 4 000 trafiquants encouragé par le président actuel Raoul Duterte.

Les violences de la guerre contre les drogues font plus de morts que les drogues elles-mêmes.

Je voudrais remercier tout particulièrement Cathy Pomart, infatigable cheville ouvrière de ce Colloque, Alice Clotagatilde du PEIDD qui a grandement contribué à la réalisation de ces journées et mon ami et confrère, le Dr William Lederer, secrétaire de la FRAR.

Je terminerai en vous souhaitant un excellent colloque.

Merci pour votre attention.

Addiction, la dimension soignante

Jean-Pierre COUTERON

Psychologue clinicien

Président de la Fédération Addiction

Mieux comprendre les défis des législateurs, des professionnels de la prévention, du soin et des acteurs de la lutte contre les addictions

I.- Un peu d'histoire

Le psychiatre A. Goodman définissait l'addiction par l'impossibilité de contrôler une pratique tournée vers la recherche de plaisir, l'optimisation des performances ou la gestion d'un mal-être, alors même que ses conséquences négatives se faisaient jour. Cette définition plaçait l'accent sur la notion une perte d'un contrôle, qui incombe plus ou moins à l'homme ou la société, au grès des découvertes des sciences et de l'évolution des techniques. Ainsi les usages de plantes furent d'abord des rituels chamaniques fonctionnels, sollicitant les ancêtres ou les esprits de la nature. Les religions du livre, séparant le bien du mal, opposèrent à l'alcool, la sexualité et aux jeux de hasard leurs interdits divins. La science et la médecine, isolant les principes actifs des plantes, séparèrent ce qui soigne de ce qui intoxique, les médicaments et les drogues. Enfin, le marché fit des objets d'addiction des marchandises légales ou illégales, les taxes devenant l'instrument de leur régulation. En ce début d'un XXI siècle de globalisation économique, fonctionnalité, religion, médecine et marché se juxtaposent selon les pays, groupes sociaux et orientations politiques, pour nous aider à gérer des objets et substances de plus en plus nombreux, puissants, en accès libre et sans limite.

Le neuropsychiatre Michel Le Moal précisera l'interaction vulnérabilités personnelles/durée d'exposition, pour expliquer le passage d'un usage où la drogue est un plaisir parmi d'autres, à un usage intensif où elle devient une des principales réponses jusqu'à la perte du contrôle et à l'envahissement de sa vie. Les vulnérabilités sont le fruit de l'histoire de vie de chacun, du patrimoine génétique, des traumatismes vécus et de la situation sociale ; l'exposition dépend du mode de vie et de l'intensité de l'offre que les techniques, les interdits sociaux et religieux, les taxes et le marketing définissent.

La neurobiologiste Brigitte Kieffer met en lumière le rôle du « circuit de la récompense », en lien aux sensations de douleur et de plaisir. L'interaction de ce circuit avec ceux de la motivation, de la mémoire et des habitudes conditionnelles, du contrôle cortical, intellectuel et exécutif complète le processus neurobiologique de l'addiction dont Patrick Pharo rappelle qu'il est lié à l'humaine condition et sa nécessité de répondre à l'éternelle question : « *Que ... faire de nos désirs de belle vie, de gloire et d'ivresse, issus du passé ancestral de l'espèce… lorsque le cerveau humain a été doté d'un circuit neurochimique de la récompense et du plaisir qui nous pousse à rechercher le sexe, l'attachement, les aventures, les jeux, la gloire, les substances psychoactives et toutes les intensités jouissives de l'existence* ? ».

Ces définitions illustrent l'intérêt d'une approche diversifiée, multipliant les « entrées » des parcours de soins aux issues elles-mêmes différents. Cette diversité des réponses soignantes a son histoire. Le dispositif de soin était partagé entre l'alcool, dont les méfaits étaient occultés par le statut de produit culturel, et les stupéfiants, ces drogues « nouvelles » utilisées par les « toxicomanes ». Du côté de l'alcool, on s'occupait des « vulnérables », à l'exemple des adolescents, des personnes âgées, ou de ces personnes « alcooliques », héritant du stigmate « de ne pas savoir boire » et donc contraint de s'en éloigner définitivement. Pour limiter l'exposition, on légiférait mollement sur les débits de boisson, les mineurs, un peu plus sévèrement sur la conduite automobile et les risques d'accident. Ce sont les découvertes du lien alcool et cancer qui vont modifier la donne, la lutte contre l'alcoolisme étant plus souvent associé à la lutte contre le cancer qu'au combat contre l'addiction. Le même mécanisme a joué pour le tabac, d'abord largement distribué comme marchandise, avec un contrôle d'état minimal, puis peu à peu dénoncé pour ses effets cancérigènes. Etats généraux de l'alcool, Plan National de Réduction du Tabagisme, Moi(s) sans tabac prolongent ce qui fut initié par Simone Weil puis Claude Evin, au grès des rapports de force et des enjeux économiques.

Les stupéfiants furent mis à part, désignant un ensemble de substances aux caractéristiques diverses, dépresseurs, perturbateurs, stimulants, d'origine naturelle ou chimique, et aux modes de consommation tout aussi divers. Leur dispositif de réponse fut limité à une alternative, imposée par leur statut de substance prohibée, le sevrage puis l'abstinence.

Il n'est pas possible ici de rendre compte des nuances de chaque secteur et d'expériences qui ont anticipé les évolutions à venir d'un système de soin qui, tout en séparant les deux filières, traçait un parcours aux principes communs : amener vers l'abstinence par un sevrage puis la conforter par des soins complémentaires. Au nom d'une vulnérabilité spécifique de ceux qui ne savaient pas boire et de la prohibition absolue des stupéfiants, l'approche pénale, imposant la prohibition et l'approche thérapeutique visant l'abstinence se complétaient.

II.- La RDR et la palette de réponses

Le changement est venu de deux maladies, cancer et sida, et d'une profonde évolution des modes de vie. Si nous avons vu comment le cancer a renforcé l'alerte sur l'alcool et le tabac, il faut nous souvenir que c'est le SIDA qui a profondément modifié les réponses aux usages de stupéfiant. L'histoire du Sida n'est plus à faire, même si le récit continue d'en être nécessaire à l'exemple du film « 120 battements par minutes ». C'est l'urgence SIDA[1] et les acteurs de la santé communautaire avec AIDES ou de la médecine humanitaire avec MDM, ont bousculé le cadre d'un soin basé sur la demande d'aide et le sevrage. Ils ont imposé l'approche par la réduction des risques, centrée sur l'accompagnement de la personne. Elle participe d'une conception moins univoque de la santé, intégrant la question de l'usage et les préoccupations de l'usager, ses besoins : actions en milieu festif, prévention situationnelle, actions d'aller-vers. La prise en compte de la consommation et des modes de vie qu'elle génère est un fondement de la RDR : rencontrer les usagers, oui, mais « *là où ils en sont* ». Elle délaisse la seule référence à l'abstinence pour promouvoir un « *prendre soin de soi* » par l'informations et l'accès aux matériels. Ainsi, la RDR invente une clinique spécifique, liée à l'accompagnement de l'usager et de ses usages. Sa volonté de rencontrer les personnes plus tôt dans leur trajectoire d'usage, alors qu'elles sont encore des usagers actifs et sans demande d'arrêt formulée, lui vaut trois grandes critiques : elle faciliterait la transgression de l'interdit en atténuant/supprimant le risque de l'usage ; elle affaiblirait l'intentionnalité de changement en atténuant les dommages de l'usage qui seuls pourraient pousser aux soins ; elle surmédicaliserait la réponse, le médicaments se substituant aux approches éducatives ou sociales, nuisant au rétablissement des compétences de contrôle, d'autonomie et de responsabilité nécessaires à l'évolution des styles de vie. Aucune de ces critiques ne résiste à un examen objectif.

L'autre évolution qui va peser sur les pratiques, est celle d'une société de plus en plus propice aux usages, telle que la dévoile l'épidémiologie des conduites addictives : depuis 20 ans, c'est entre la fin des années collège et le début des années lycée que tabac, alcool et cannabis s'expérimentent. Sur un plan relationnel, cette période est celle des transformations pubertaires et de l'entrée dans le monde adulte. Pour le cerveau, elle est celle où les centres de l'émotion dominent ceux du contrôle tandis que son fonctionnement s'optimise par élagage des connexions inutiles. Cet affaiblissement du contrôle interne et familial renforce d'autant l'importance d'un cadre social, or paradoxalement, ces grandes

[1] Aide-mémoire RDR (Réduction Des Risques).

évolutions ouvrent la porte à l'addiction. Il y a d'abord la mutation des institutions et des rituels sociaux et communautaires qui alimentent le lien social et régulent les comportements individuels. L'affaiblissement des cadres géographiques par une société de la mobilité, des cadres culturels ou moraux par la crise de l'autorité, des institutions et des engagements collectifs, ou du cadre familial par la crise de la transmission éducative, a modifié le sentiment d'appartenance de bien des personnes, augmentant leur mal-être. Ensuite, la primauté d'une culture de l'intensité et de l'accès immédiat à l'objet du désir place la quête du plaisir dans un environnement de sollicitations incessantes, banalisant le « tout, tout de suite » longtemps réservé aux seuls effets des drogues. De plus, l'injonction à être autonome, performant et soi-même conduit à un dopage au quotidien (boissons énergisantes, compléments vitaminés, cocaïne…) qui développe l'illusion de la maîtrise de soi et de son environnement en se substituant aux compétences psychosociales. Enfin, une économie amplifiant les inégalités sociales et excluant des populations entières, pourtant plongées dans le même bain culturel et les mêmes envies, fait de l'économie illégale une substitution attractive.

Dans cette société addictogène où tout ou presque peut devenir addictif, les travaux de l'Observatoire Français des Drogues et Toxicomanies (OFDT) aident à garder la mesure : tabac et alcool restent les substances les plus consommées, qu'il s'agisse d'expérimentation (en 2011, 38 millions de personnes ont fumé au moins une fois au cours de leur vie et 47 millions ont bu de l'alcool) ou d'usage quotidien (13,3 millions de personnes et 4,6 millions de personnes). Ces consommations évoluent à la baisse et le vapotage s'impose comme alternative au tabagisme, mais on observe une augmentation des alcoolisations ponctuelles importantes. Parmi les drogues illicites, le cannabis s'est largement diffusé, avec 17 millions d'usagers au cours de la vie et près d'1,5 million d'usagers réguliers et une place importante chez les adolescents. La cocaïne vient bien après, l'Ecstasy/MDMA, héroïne et autres produits opioïdes sont classés encore plus loin. L'arrivée de Nouveaux Produits de Synthèse (NPS), la vente sur Internet et l'autoproduction sont les tendances qui se développent. L'addiction aux jeux vidéo, aux jeux d'argent et de hasard, au sexe, au travail, au sport et la cyberaddiction inquiètent tout en illustrant les nouvelles captations de l'attention par les écrans, l'obsession d'un corps parfait et le culte de l'argent de nos sociétés.

La diversité des usages et usagers rappelée par ces chiffres justifie une palette de réponses, agencée selon 4 axes, hélas encore trop inégalement dotés pour faire une vraie politique de régulation. L'axe de l'information sur les risques et les dangers est plus que jamais nécessaire, porté par les campagnes de communication de SPF comme par l'action MAAD Digitale par exemple. Ces risques sanitaires et sociaux sont documentés par produit ou comportements : cancer pour le tabac et l'alcool, cirrhoses du foie pour l'alcool, cannabis et troubles des apprentissages, jeux en ligne et captation de l'attention, dettes pour les jeux d'argent, mais aussi le lien entre violence et abus d'alcool, les risques

psychiatriques, etc. Pour autant, cette mise à jour des conséquences négatives n'est pas suffisante dans une société où les stratégies de communication, de marketing et de lobbying « brouillent » les lignes, comme on le voit avec l'alcool et ses risques et où des substances et des comportements nouveaux sont régulièrement proposés. Les axes d'une réduction de l'accès et du renforcement des compétences des personnes, usagers ou entourages, ne seront qu'évoqués, puisqu'ils ne relèvent pas strictement de la dimension soignante ici traitée. En France, l'enjeu des mesures structurelles de réduction de l'accès (âge, lieux et conditions d'achat, contrôle des points de vente, limitation de la publicité, augmentation des prix et des taxes, taux d'alcoolémie, interdiction des open-bars ou de fumer dans les lieux publics…) est de limiter l'accès aux substances légales malgré la pression économique qu'illustrent les reculades sur la loi Evin. La prohibition de l'usage se voit confier le même but pour les drogues illicites, laissant les usagers face à un marché illégal.

L'enjeu des stratégies éducatives est de doter la personne de compétences psychosociales qui consolide son autonomie et son contrôle de soi, de l'éducation préventive jusqu'à l'Intervention Précoce[2]. Des programmes, qui ne ciblent pas d'entrée l'usage et incluent les familles, associent exercices pratiques, information sur les risques et travail sur des compétences sociales (résistance à l'influence des pairs, résolution de problèmes, affirmation et l'estime de soi). Ils prévoient des séances sur les normes et leur perception en matière de consommation de substances ou encore sur les alternatives possibles (sports, loisirs). Localement, il est possible de mobiliser la communauté d'un territoire donné, en prenant en compte ses spécificités et ressources.

Le quatrième axe est celui du soin, où s'anticipent les rencontres et se déploie la réduction des risques, ouvrant à des parcours diversifiés. Ils ont vocation à remplacer le précédent parcours linéaire et chronologique, demande/sevrage/post-cure, par une palette d'outils diversifiés et placés de façon intégrative, thérapies médicamenteuses, traitements antagonistes des opiacés, substituts nicotiniques traitements du craving, entretien motivationnel thérapies systémiques, cognitivo-comportementalistes, analytiques, thérapies groupales, groupes d'entraide, art-thérapies, mais aussi la neurostimulation, les apports de la pleine conscience ou le soutient par l'auto-support et les pairs. Avec cette diversification, c'est la possibilité d'une autre chronologie qui s'installe, avec l'accompagnement de l'usager « actif », comme dans le programme TAPAJ, où l'acte/travail est support d'un premier lien, ou dans le programme « un chez soi d'abord » ou avec le programme AERLI sur les risques de l'injection.

[2] J.-P. COUTERON et C. KURDI, « L'Intervention précoce : une chimère bienfaisante », *Actal n°14*, Fédération Addiction, 2015.

III.- Agencer les réponses, la logique de l'accompagnement

Cette diversité pourrait conduire à la confusion, ou pire, au conflit, comme si l'abstinence n'avait plus d'intérêt ou si l'auto-support devait remplacer les groupes d'entre-aide, etc.… plaçant bien des acteurs, usagers, entourages et professionnels en difficulté. C'est tout l'inverse qui est attendu, dès lors que s'ouvre un accompagnement des personnes et de leurs usages. La logique de l'accompagnement, que je ne reprendrais pas ici, permet que ces différentes approches et secteurs, hôpital, ville et médico-social se complètent en fluidifiant le passage de la prévention devenue Intervention Précoce au soin devenu parcours de soins différenciés, n'obligeant plus à choisir entre RDR ou soins, permettant que les parcours de soins se déroulent au plus proche des parcours de vie.

Elle permet de construire des trajectoires différentes, mais non opposée, spécifiques et non spécialisées : celle d'un jeune usager de CJC dans la pyramide de l'intervention précoce ; celle d'un usager dont la répétition des usages peut nécessiter un traitement médicamenteux autant qu'un passage par un programme résidentiel ; celle qui se fera en appui sur les groupes et les environnements sociaux, entre auto-support et groupes d'entraides et tant d'autres.

Conclusion

En ce début de XXI^{ème} siècle, les addictions nécessitent une plus large perspective que la seule alternative abstinence/pénalisation de l'usage, plaçant les acteurs du soin face à trois grands défis : mieux rencontrer tous les publics concernés pour organiser l'accessibilité aux outils et aides ; mieux diversifier leurs pratiques transdisciplinaires autant que de prévention ; promouvoir un accompagnement qui agence les parcours au plus près des trajectoires de vie.

Propos anthropologiques sur les nouveaux usages et les nouvelles valeurs

Emmanuel SOUFFRIN

Ethno-sociologue, consultant

Etudes ethnosociologiques de l'océan indien ESOI

Membre du conseil scientifique de SAOME

L'anthropologie est, faut-il le rappeler ici, une science sociale, qui étudie les rapports sociaux propres à chaque groupe humain ou à chaque situation, s'intéressant dans le même mouvement à la grande variabilité des formes de vie sociale.

Parler d'anthropologie c'est rassembler des données qui viennent de l'observation, de l'entretien ou de techniques de recueil d'information dans un cadre éthique, c'est proposer des comparaisons, à la fois exposer la structure des sociétés, leur commun et leur singularité. Modestement, je parlerais sans doute plus des pratiques des anthropologues que d'anthropologie. L'anthropologue s'intéresse à la prise en charge des personnes au sein des sociétés, et ne prend que rarement directement en charge les personnes.

Il n'y a pas d'anthropologie de la dépendance, au sens d'une spécialité, mais ce qui rapproche le plus les anthropologues de cette question est un champ d'investigation qui comprend l'étude des pratiques médicales traditionnelles (de l'ethnomédecine à l'anthropologie médicale), en passant par le cas particulier de plantes psychotropes consommées rituellement dans la quasi-majorité des sociétés, les pratiques du droit (la formation du juridique, la plurijuridicité, les formes de normalisation, de réglementation), les pratiques de consommation et l'anthropologie religieuse. C'est donc une thématique relativement complexe à étudier.

Les usages et les pratiques sont multiples et associés à des individus, à des groupes et à des temps de vie particuliers. Et il y a des produits… qui sont définis comme nocifs à un moment de leur histoire, qui sont parfois interdits, des produits qui sont consommés et autorisés à certains âges de la vie uniquement ; des produits plus ou moins sexués ; des produits définis comme nocifs et qui continuent à être consommés de façon légale ; d'autres qui sont considérés comme moins nocifs et qui sont interdits ou détournés de leurs usages premiers.

En règle générale, dans les sociétés le produit n'est pas défini comme exclusivement nocif et les anthropologues considèrent que la dépendance n'est pas, ou rarement, liée au seul produit.

Parmi les axes de recherche les plus productifs, l'histoire de la relation de l'Homme au produit en passant de l'usage rituel/spirituel à l'interdit social est sans doute l'axe de travail qui peut rassembler le plus de chercheurs.

Nous sommes dans une société où la nature des objets prend une valeur qui tend à effacer leur valeur symbolique : la nature de l'objet peut dépendre du contexte dans lequel on étudie son usage ; est-on aujourd'hui plus contraint d'utiliser une nouvelle technologie qu'hier ? Et demain, la possibilité de communiquer sans nouvelle technologie est-elle envisageable ?

Non seulement nous possédons un grand nombre de ces produits, mais nous avons créé une dépendance au risque de l'exclusion sociale des personnes qui n'étaient pas aptes, pas capables d'être « accros » à la novlangue comme à l'hypermodernité. Incapables de s'adapter à la nouvelle dépendance de l'écran ; nous sommes pris dans l'écran total, indice 21e siècle !

I.- L'origine de certains fondamentaux de l'anthropologie

Au cours des années 50-60, un amateur passionné et une poignée de chercheurs ont mis à jour la fonction essentielle des plantes sacrées dans l'histoire de l'humanité.

Ces plantes hallucinogènes ont permis à l'homme pré-néolithique de faire ses premières expériences extatiques et mystiques, de se mesurer à l'infinie complexité du monde, d'en apprécier sa cohérence, d'ouvrir un œil sur le Sacré.

Mais le « Sacré », c'est quoi, au juste ?

Nombreux sont les spécialistes qui se sont cassés les dents pour le définir. Pour simplifier, on y baigne en permanence et on bricole pour en utiliser une infime partie au quotidien, que nous appelons : le monde. Dans notre état de conscience habituel, nous ne percevons que cette partie. Mais dans certains états, transe mystique, voyage hallucinogène ou pilule rouge de Mattrix, ce monde total se révèle –ou semble le faire- à nos sens.

On entre en contact avec le « Sacré », « Dieu », « l'Esprit saint », « Yahvé », « l'Eternel », le « Divin », le « Dharma », le « Tao » …, enfin quelque chose qui échappe à nos concepts, à nos mots, et qui nous dépasse. Ces

expériences ont frappé nos plus lointains ancêtres chasseurs-cueilleurs du paléolithique et ont définitivement modifié leur comportement. Nos lointains cousins du paléolithique ont donc, ce n'est, bien sûr, qu'une hypothèse..., découvert l'expérience mystique grâce aux plantes hallucinogènes[1].

Durant les quelques milliers d'années suivants, la vie rituelle se complexifie au point d'aboutir à l'édification de temples monumentaux. Les expériences extatiques des chasseurs-cueilleurs ont donné naissance aux premiers rites pré-chamaniques. Elles ont aussi été déterminantes sur l'élaboration des valeurs morales et des règles de l'organisation sociale du groupe.

La loi est de nature sacrée et celui qui la transgresse commet un sacrilège et risque l'exclusion du groupe. La vénération du « clou du ciel », de « l'axe du monde », du « pilier solaire » ou de « l'arbre totem » est associée aux interdits archaïques d'inceste, de meurtre du père et de cannibalisme. La vie du chasseur-cueilleur s'articulera autour de ces valeurs avec des rituels structurant l'espace et le temps.

Le chamanisme et l'expérience hallucinogène formatent alors cette première approche mystique. La sur-nature apparaît et va s'inscrire durablement comme un espace intermédiaire, présent dans le quotidien. A cette époque, chaque acte de la vie quotidienne baigne dans le Sacré. La vie spirituelle prend une telle importance que la religion se substitue au chamanisme et fait construire des temples-lieux de l'incarnation d'un pouvoir.

En écartant peu à peu l'expérience hallucinogène du chamanisme, les religions établissent donc leur pouvoir, instituent un système de valeurs plus complexe et plus adapté aux impératifs de la vie profane. L'autorité du pouvoir profane s'associe au pouvoir sacré, créant ainsi une double dépendance.

Avec l'invention de l'écriture, de nouveaux enjeux remettant en question l'organisation religieuse et politique, de nouvelles formes d'échanges vont émerger des valeurs fonctionnelles et profanes. Le mélange de ces systèmes de valeurs aboutira à une nouvelle organisation sociale. L'expérience mystique et le chamanisme sont alors marginalisés. Il y a de ça environ 10 000 ans.

II.- Un nouveau lien en construction : entre la nature, l'espace social et la surnature…

Les objets qui faisaient le lien entre la nature, l'espace social et la surnature sont aujourd'hui d'un tout autre ordre que ceux utilisés par les chamanes, les

[1] Merci à PG alias Eugène ALUZINE sur la chaine « Dailymotion » pour cette synthèse.

guérisseurs ou prêtres de toute sorte. Et il n'est pas totalement étonnant qu'un grand nombre de personnes « retournent » ou redécouvrent aujourd'hui le chamanisme sous ses aspects les plus divers.

Mais il s'agit toujours d'objets qui favorisent la création d'espaces relationnels ; l'insertion, l'ingurgitation, l'inhalation, la respiration ont pour finalité la recherche de solidarités, définies « par la tradition », la recherche d'échanges entre l'ici et l'au-delà, qui peut se redéfinir à l'échelle du territoire, de son espace social, la *kour* et le *kartié*[2].

Si les « produits », les objets diffèrent de ceux utilisés « traditionnellement », les usagers et les espaces d'usage ont été modifiés massivement.

Pour tous les produits, les hommes se révèlent plus expérimentateurs que les femmes, l'expérimentation de substances illicites est plus importante parmi les plus jeunes puis diminue globalement à l'approche de la quarantaine, soulignant ainsi des différences entre genre et générations (après 40 ans il reste quelques résistants, adolescents rebelles, ou amateurs de petits plaisirs solitaires et/ou collectifs).

Il semble intéressant de reprendre l'idée que la nature de l'objet est constituée – construite – par l'usage qui en est fait par un usager, et que celui-ci n'est que rarement un individu social isolé, mais bien plus un élément à considérer comme un collectif agglomérant les utilisateurs et tout ce qui entourent et contribuent à l'usage d'un produit addictogène.

Je ne peux que parler rapidement de l'usage du portable ou plus globalement du rapport aux écrans qui est aujourd'hui la dépendance la plus forte pour les jeunes et qui se généralise rapidement. De nombreuses études ont été réalisées ces vingt dernières années sur l'usage d'internet, et depuis plus récemment l'introduction de ces pratiques dans l'ensemble de la population - et plus particulièrement chez les seniors- a conduit à approfondir cette notion d'usage et à reprendre la question de l'autorisation sociale donnée à la fabrication de certaines addictions[3]. Les non-usagers, comme les usagers, évoluent tous dans un environnement de technologies, mais aussi dans un environnement où les représentations sociales, une partie de la nature, de l'objet technologique sont aussi en concurrence.

---

[2] Cf. les travaux sur ces espaces sociaux de vie réunionnais chez les ethnologues M. WATIN et E. WOLFF notamment.

[3] E. SOUFFRIN, « La nature du produit gérontechnologie », *Vieillissement et gérontechnologie à La Réunion*, Coord. F. SANDRON, Edition IRD/Université de La Réunion, 2017. Voir le lien : http://horizon.documentation.ird.fr

L'observation, dans le cadre d'une recherche sur les gérontechnologies, de la multi-pression environnante sur la personne âgée, des membres de la famille, l'environnement médicosocial, par la publicité (attrait de la nouveauté et de l'argument sécurité) ou par les règlements administratifs (celui obligeant par exemple à déclarer par internet ses impôts), a révélé que tous indépendamment de leur plein gré, participent à ces addictions.

Comme pour certaines pratiques entrainant des dépendances, liées aux usages de certaines drogues, il ne faut pas perdre de vue la dimension émotionnelle, motivationnelle et sa nature technosociale qui facilitent ou non l'acceptabilité sociale de l'addiction à certaines substances, comme celle de la téléphonie.

En d'autres termes, si nous avons aujourd'hui des dépendances fonctionnelles - nous avons besoin de nos portables, de nos ordinateurs, de nos voitures - celles-ci se transforment en addiction caractérisée ; les dépendances fonctionnelles deviennent parfois si fortes qu'elles perdent leur caractère fonctionnel : « *On ne peut comprendre l'incidence croissante des addictions dans les sociétés marchandes que si on les relie à la philosophie de la belle vie qui peut pousser n'importe quel sujet humain vers les consommations psychoactives, pour le meilleur ou pour le pire* »[4].

Ce qui ressort de l'évolution de nos sociétés dites occidentales, c'est la nécessité de contextualiser l'association des idées de dépendance et de drogue : la « dépendance » existait antérieurement à cette association et ce terme a évolué sémantiquement pour trouver une place nouvelle dans la société contemporaine. « Dépendance » revêt un connotant « pathologie de la dépendance » : manger est un besoin, mais on ne peut réduire l'anorexie ou la boulimie à une forme de dépendance au produit.

L'adulte (celui qui dépasse l'adolescence) qui échoue à « s'assumer » ou montre un défaut de maîtrise sur ses propres actions se trouve pris dans les discours du pathologique, médical et psychologique. La dépendance est censée représenter une perte de liberté autant qu'un défaut de régulation des relations aux êtres et aux choses.

Pourtant l'anthropologie nous apprend combien le contact avec les objets, leur création, leur manipulation, leur échange, mais aussi l'appropriation des espaces et les interactions avec nos semblables et plus largement avec la culture dans lesquelles ils s'inscrivent sont indispensables à la construction des sujets.

La dépendance aux autres peut évoluer vers la tyrannie, mais elle permet de renforcer des liens de solidarité, de créer des échanges alors que

[4] P. PHARO, « Addictions et éthique de la belle vie », *Études 2012/10,* Tome 417, pp. 329-339.

l'indépendance, voire l'autonomie, peut aussi isoler les individus, les replier sur eux-mêmes.

Pour revenir un peu plus près de nous, pour nous rapprocher encore un peu de cette question des addictions, revenons sur la proposition des chercheurs américains autour des économistes Gary Becker et Kevin Murphy d'appeler addiction rationnelle[5] les nouvelles dépendances qui nous sont nécessaires. L'anthropologie questionne la dynamique sociale et économique qui entoure l'addiction et de multiples exemples soulignent que l'on obtient davantage de satisfaction en consommant qu'en s'abstenant, et lorsque l'on est devenu dépendant, la consommation réduit les souffrances du manque[6].

Cette modélisation a l'avantage de proposer une logique d'acteurs qui ne font pas objectivement ce calcul économique lié aux choix lorsqu'ils s'engagent dans la prise de produits. Et ils ne le font pas de façon exponentielle puisque si l'entrée dans le circuit de la consommation se fait pour des motifs souvent peu rationnels, un grand nombre s'arrête pour des raisons qui ne sont pas plus rationnelles à priori (autrement tout le monde s'arrêterait de fumer par exemple).

L'anthropologie dit Marshall Sahlins, remet la dimension culturelle inconsciente de l'économie en avant « *parce qu'aucun de ses acteurs ordinaires ne soupçonne que derrière des choix apparemment rationnels – ils n'achètent pas de hamburgers ou de hot-dogs lorsqu'ils invitent à dîner des hôtes de marque - il existe tout un code de valeurs symboliques qui a fort peu à faire avec la valeur nutritive de ces aliments, mais tout à voir avec les distinctions significatives entre les personnes, les biens et les circonstances* »[7].

Il y a fort à parier qu'il en est de même pour l'usage des « nouveaux » produits générant une addiction.

Pour conclure, comment aborder la question de la dépendance avec les outils de l'anthropologie ? Ce que les anthropologues de la zone océan indien ont récemment constaté c'est la grande difficulté de travailler, d'enquêter sur ces sujets. Il faudra revenir sur le blocage, certains diraient la défiance, rencontré pour aborder de la façon la plus rigoureuse possible, les usages des produits médicamenteux à finalité psychotropes.

Ouvrir la perspective de créer un réseau océan indien consacré à l'anthropologie de la santé, regroupant des experts et chercheurs présents dans la

[5] G.S. BECKER and K.M. MURPHY, « A Theory of Rational Addiction », *Journal of Political Economy*, Vol. 96, No. 4, Aug., 1988, pp. 675-700.
[6] P. PHARO, « Sociologie cognitive et morale de l'addiction », *Revue française de sociologie*, Vol. 51, No. 4, 2010, pp. 692-719.
[7] M. SAHLINS, *L'anthropologie de Lévi-Strauss*, www.ethnographiques.org/2010/Sahlins

recherche appliquée, est une tentative d'organisation d'une analyse collective s'appuyant sur des données recueillies par l'observation et par entretien, afin de mieux comprendre les usages et les mésusages, ainsi que la circulation des médicaments.

Constituer des objets de travail en lien avec l'anthropologie médicale, l'ethnologie et de sociologie de la santé, l'étude des politiques publiques en matière de santé permettra de partager plus particulièrement des questions liées aux usages détournées des médicaments et, pour nous, d'avancer sur la question de l'Artane.

Cette question c'est celle de possibilité, de la nécessité d'approfondir la connaissance des pratiques pour développer une recherche collaborative autour d'un enjeu de société très contemporain.

Bibliographie complémentaire

E. ALUZINE, vidéos, site Facebook

A. BOUTET et J. TREMENBERT, « Mieux comprendre les situations de non-usages des TIC. Le cas d'internet et de l'informatique. Réflexions méthodologiques sur les indicateurs de l'exclusion dite numérique », *Les Cahiers du numérique 1/2009 (Vol. 5)*, pp. 69-100.

S. DELUERMOZE, « Introduction. L'addiction contemporaine », *Journal français de psychiatrie 2016/1 (n° 43)*, pp. 7-10.

I. FERONI et Anne M. LOVELL, « Les dispositifs de régulation publique d'un médicament sensible : le cas du Subutex®, traitement de substitution aux opiacés », *Revue française des affaires sociales 2007/3*, pp. 153-170.

M. HAUTEFEUILLE, « Différentes figures de l'addiction », *Psychotropes 2014/1 (Vol. 20)*, pp. 5-9.

OFDT, 2015, « Impact des consommations de substances psychoactives sur le travail : le regard des dirigeants, des responsables RH et des représentants du personnel/syndicats »

P. PHARO, « Sociologie cognitive et morale de l'addiction », *Revue française de Sociologie 2010/4 (Vol. 51)*, pp. 692-719.

P. PHARO, « Addictions et éthique de la belle vie », *Études 2012/10 (Tome 417)*, pp. 329-339.

M. WATIN et E. WOLFF Eliane, « L'émergence de l'espace public à la Réunion. Un contexte socio-historique singulier », *Études de communication, 17*, 1995, pp. 19-39.

Tendances de consommation et approche socio-pénale des politiques de lutte contre les addictions

Ivana OBRADOVIC

Directrice adjointe de l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies

Chercheuse associée au CESDIP (Centre de Recherches sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales, UMR 8183),

Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines.

La question des addictions pose un problème de santé publique majeur, d'autant plus complexe qu'il est articulé à des enjeux économiques, sociaux et juridiques. Légalement accessibles pour les adultes, le tabac et l'alcool sont à l'origine, en France, de plus de 120 000 décès par an, principalement par cancer[1]. L'alcool constitue, par ailleurs, une des premières causes d'hospitalisation en France, en lien avec d'importants problèmes sociaux (accidentalité routière, violences conjugales, etc.). A l'inverse, les drogues classées comme « stupéfiants » (cannabis, cocaïne/crack, MDMA/ecstasy, héroïne, etc.) génèrent une mortalité bien moindre mais elles sont associées à des dommages sanitaires et sociaux différenciés selon les produits. Parmi les produits illicites, le cannabis s'avère de loin le plus consommé, en particulier par les jeunes qui sont aussi les plus exposés aux effets toxiques de ce produit[2] et aux risques sociaux qu'il comporte (en termes de sécurité routière, d'échec scolaire parmi les mineurs, etc.). D'autres produits, comme l'héroïne ou le crack, s'avèrent davantage consommés par les groupes de population socialement précaires. La surface sociale de ces addictions s'avère donc hétérogène : l'usage de tabac, d'alcool et de cannabis et, plus rarement, d'autres drogues illicites varie fortement selon l'âge, le sexe, le milieu social et les opportunités de consommer (déterminées par le lieu de vie, les revenus, etc.). Face à ce phénomène multidimensionnel, une régulation globale s'impose. Les politiques publiques de lutte contre les addictions visent ainsi trois objectifs (prévention, prise en charge et application de la loi), qui peuvent parfois se trouver en contradiction, ce qui plaide pour une réponse coordonnée[3]. Le sujet des addictions mérite donc, entre tous, de croiser les regards afin de proposer une

[1] Il s'agit des deux premières causes évitables de mortalité par cancer : le tabac occasionne 73 000 décès par an (dont 45 000 par cancer), tandis que l'alcool est en cause dans 49 000 décès (dont 15 000 par cancer), soit, respectivement, 31% et 10 % de la mortalité totale par cancer (source : Institut national du cancer).

[2] Dans une période de la vie où la maturation cérébrale n'est pas terminée.

[3] En France, la coordination de la politique de lutte contre les addictions a été confiée à la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives (MILDECA).

analyse transdisciplinaire et une action publique d'ensemble, qui dépasse les clivages sectoriels.

A partir des travaux menés depuis 25 ans par l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies (OFDT), cette contribution se propose de dresser un état des lieux chiffré des consommations en France, en distinguant les tendances observables en métropole et les spécificités de la zone Océan indien. Elle proposera ensuite quelques pistes de réflexion quant à la dimension socio-pénale du phénomène des addictions, à partir des éléments de connaissance disponibles aujourd'hui sur les profils sociaux des usagers de drogues et les réponses publiques qui leur sont apportées, en particulier par la voie judiciaire.

I.- Panorama des consommations de produits psychoactifs en France

A.- Principales évolutions depuis 2000

Les substances licites (tabac et alcool) demeurent les produits le plus largement consommés, à la fois en termes d'expérimentation et d'usage quotidien. Si, dans l'ensemble de la population jeune et adulte (11-75 ans), le tabac s'avère moins souvent expérimenté que l'alcool (38 millions de personnes vs 47 millions), il est trois fois plus fréquemment consommé à un rythme quotidien (13,3 millions de fumeurs quotidiens vs 4,6 millions de buveurs quotidiens), ce qui traduit son pouvoir addictif important[4]. En 2016, la France comptait 29% de personnes consommant du tabac tous les jours, un des taux les plus élevés recensés dans les pays occidentaux[5]. L'alcool donne lieu à des modes de consommation nettement plus diversifiés que le tabac. Le rapport entre usagers quotidiens et simples expérimentateurs est de 1 à 10 (versus 3 pour le tabac), c'est-à-dire que la majorité des consommations sont occasionnelles : sur 47 millions de personnes ayant déjà essayé l'alcool, la majorité déclare en avoir bu au moins une fois dans l'année précédente (43 millions) et moins d'un sur cinq au moins dix fois dans le dernier mois (soit 9 millions de buveurs réguliers, pour moitié quotidiens)[6].

[4] F. BECK., J.-B. RICHARD, R. GUIGNARD, O. LE NEZET et S. SPILKA, « Les niveaux d'usage des drogues en France en 2014 », *Tendances n°99*, OFDT *(observatoire français des drogues et des toxicomanies), 2015.*

[5] A. PASQUEREAU, A. GAUTIER, R. ANDLER, R. GUIGNARD, J.-B. RICHARD., et voir NGUYEN-THANH, « Tabac et e-cigarette en France : niveaux d'usage d'après les premiers résultats du Baromètre santé 2016 », *Bulletin épidémiologique hebdomadaire n°12*, 30 mai 2017, p. 214-222.

[6] F. BECK, J.-B. RICHARD, R. GUIGNARD, O. LE NEZET et S. SPILKA, *op. cit.*

Parmi les drogues illicites, le cannabis reste de très loin la première substance consommée, avec 17 millions d'expérimentateurs (48% de la population) et près d'un million et demi d'usagers réguliers[7] (moins d'une personne sur dix). Un quart de la population en a déjà consommé et les jeunes Français sont les premiers consommateurs du produit au sein de l'Union européenne, en dépit d'une législation parmi les plus restrictives. La consommation de cocaïne, qui figure en deuxième place parmi les produits illicites, se situe bien en deçà : à fréquence d'usage équivalente, elle concerne dix fois moins de personnes que le cannabis et devance largement les autres produits (ecstasy/MDMA, héroïne...).

Cette photographie ne doit pas masquer les évolutions à l'œuvre :

- déclin des consommations d'alcool et, surtout, de tabac, notamment parmi les plus jeunes (qui sont aujourd'hui les premières générations à avoir vécu sous un régime d'interdiction renforcée de l'accès au tabac[8]) ;

- transformation des modes de consommation d'alcool dans les jeunes générations, avec l'essor de comportements d'alcoolisation intensive « à l'anglo-saxonne », marqués par une récurrence des ivresses et des épisodes d'alcoolisation ponctuelle importante (API) parmi les jeunes qui, dès l'âge de 17 ans, se livrent à cette pratique au moins une fois par mois (40%) ;

- recul récent du cannabis dans les nouvelles générations, après une forte hausse de sa diffusion jusqu'au milieu des années 2000 ;

- diffusion continue des stimulants dans la population, en particulier la cocaïne et la MDMA/ecstasy, plus facilement accessibles notamment via les milieux dits festifs ;

- essor des addictions dites « sans substance » (jeux d'argent et de hasard, jeux vidéo...), même si elles concernent moins de 5% de la population.

En outre, un certain nombre d'évolutions qualitatives, affectant les pratiques d'usage et les modalités de consommation, se font jour : diversification des types d'alcools bus dans les nouvelles générations (déclin du vin et élargissement des formes de consommation de produits alcoolisés, du fait de stratégies marketing ciblant des publics nouveaux comme les jeunes, les femmes, etc.) ; transformation des préférences de consommation du cannabis dans les

[7] Au moins dix usages dans le mois précédent.

[8] Interdiction de vente aux mineurs depuis la loi HPST de 2009, interdiction de fumer dans les lieux publics et dans l'enceinte des établissements scolaires depuis février 2007, interdiction de fumer élargie à tous les lieux de convivialité depuis 2008 (débits de boissons, hôtels, restaurants, débits de tabac, casinos, cercles de jeux et discothèques) et fortes hausses des prix du tabac depuis 2002, avec une intensification en 2017.

jeunes générations (qui privilégient l'herbe plutôt que de la résine), en lien avec l'essor d'une autoproduction de cannabis ; apparition de la e-cigarette et disparition du tabac brun ; apparition d'un marché de vente en ligne de NPS (nouveaux produits de synthèse), contribuant à élargir la palette des produits expérimentés par les plus jeunes (en particulier ceux qui se définissent comme « psychonautes »).

Les consommations de drogues chez les jeunes constituent une forte préoccupation des familles et des pouvoirs publics. À la fin de l'adolescence, sur dix jeunes, neuf ont déjà bu de l'alcool au moins une fois au cours de leur vie, six ont déjà fumé une cigarette et quatre du cannabis. Outre l'alcool, expérimenté très tôt et souvent dans le cercle familial[9], l'âge moyen d'expérimentation de ces produits s'échelonne entre 14,4 ans (tabac) et 15,3 ans (cannabis)[10]. Si une majorité de ces initiations reste limitée, dans le temps comme dans les quantités, une proportion non négligeable d'adolescents s'adonne à des consommations excessives susceptibles d'affecter leur scolarité, leur développement, voire, à plus long terme, leur santé et leurs capacités cognitives.

À 17 ans, un quart des jeunes fument des cigarettes tous les jours (25%) et moins d'un sur dix boit de l'alcool régulièrement (8%). On retrouve la même évolution pour les alcoolisations ponctuelles importantes : près d'un adolescent sur cinq rapporte au moins trois épisodes d'alcoolisation ponctuelle importante dans le mois (au moins 5 verres bus en une seule occasion), deux fois plus souvent parmi les garçons (22% vs 11% des filles)[11]. Cette omniprésence de l'alcool dans les modes de vie et les sociabilités adolescentes se décline différemment dans les nouvelles générations, qui semblent s'affranchir du « modèle français » de consommation pratiqué par leurs parents, au profit d'un modèle « anglo-saxon » (ou « à la scandinave ») qui privilégie la recherche rapide d'ivresse à travers des comportements d'alcoolisation ponctuelle importante (proches du *binge drinking* observé au Royaume-Uni). Ce tropisme des adolescents vers des usages « durs » de drogues non pas douces mais légalement accessibles (tout au moins aux majeurs) contraste avec la baisse des consommations. Elles témoignent d'une reconfiguration des pratiques d'usage qui appelle une attention renforcée des professionnels socio-éducatifs et sanitaires.

Globalement, si l'usage de tabac, d'alcool et de cannabis a cessé de progresser, plusieurs tendances méritent d'être relevées. Tout d'abord, si l'âge d'initiation au tabac a été retardé, le délai entre la première cigarette et la

[9] I. OBRADOVIC, « Représentations, motivations et trajectoires d'usage de drogues à l'adolescence », *Tendances n°122*, OFDT, 2017, https://www.ofdt.fr/BDD/publications/docs/eftxioy1.pdf

[10] S. SPILKA, O. LE NEZET, M. NGANTCHA et F. BECK, « Les drogues à 17 ans : premiers résultats de l'enquête ESCAPAD 2014 », *Tendances n°100*, OFDT, 2015. Voir le lien https://www.ofdt.fr/BDD/publications/docs/eftxssv5.pdf

[11] S. SPILKA, O. LE NEZET, M. NGANTCHA et F. BECK, *op. cit*.

consommation quotidienne s'est fortement raccourci et avoisine un an. Ce constat suggère de renforcer la prévention secondaire et de développer les incitations précoces à l'arrêt du tabagisme. Ensuite, parmi les adolescents consommant couramment du cannabis, la part de ceux qui connaissent un usage problématique augmente (25%). Autrement dit, tout se passe comme si la base des usagers de cannabis s'érodait mais en se resserrant sur un socle d'usagers bien installés dans une consommation susceptible d'obérer leurs chances de développement (scolaire notamment). Les addictions et les risques de dépendance tendent donc à se cristalliser autour d'un segment de la population jeune, par ailleurs souvent sujet à des polyconsommations mêlant tabac, alcool et cannabis. Les consommations, comme les pratiques de polyconsommation, présentent pour la plupart d'entre elles de fortes spécificités régionales, notamment dans la zone Océan indien.

B.- Spécificités de consommation dans la zone Océan indien

Si la plupart des enquêtes en population générale ont d'emblée intégré les DOM, le territoire de Mayotte, départementalisé en mars 2011, n'y est inclus que depuis 2014. La plupart des sources documentant les phénomènes sanitaires et sociaux observables dans la zone Océan indien sont donc relativement récentes[12]. S'agissant des données de consommation de drogues, elles ne sont comparables avec la métropole que pour les exercices menés depuis 2005. On dispose ainsi d'un recul d'une dizaine d'années pour mesurer les évolutions à La Réunion, avec des perspectives d'analyse sur l'ensemble de la zone Océan indien à partir de 2018.

Si, par comparaison avec la métropole, les consommations de substances psychoactives sont globalement inférieures dans les DOM, La Réunion est celui où les niveaux d'usage sont les plus élevés et se rapprochent le plus de ceux enregistrés en métropole[13]. En population jeune et adulte (15-64 ans)[14], la consommation tabagique est bien moindre[15] et l'initiation à la cigarette moins

[12] - ARS Océan indien. Statistiques et indicateurs de la Santé et du Social. Rapport STATISS 2016 Mayotte-Réunion. Voir le lien https://www.ocean-indien.ars.sante.fr/system/files/2017-09/ARS_Statiss2016_HD.pdf
- INSEE, Portrait de la jeunesse réunionnaise. Les clés de l'autonomie. Dossier Réunion, 2014, n°2 (voir le lien https://www.insee.fr/fr/statistiques/1893744).
- Observatoire régional de la santé La Réunion (ORS). Enquête KABP Réunion 2012. Connaissances, attitudes, croyances et comportements des Réunionnais en matière de risques liés aux comportements sexuels. Principaux résultats. Saint-Denis, ORS Réunion, 2015, https://www.ors-ocean-indien.org/IMG/file/etudes/KABP_2012_rapport_final.pdf

[13] F. BECK, I. OBRADOVIC, et S. SPILKA, « Addictions en outre-mer », *Note*, OFDT, 2016 https://www.ofdt.fr/BDD/publications/docs/eisxfbw4.pdf

[14] https://www.ocean-indien.ars.sante.fr/sites/default/files/2017-/La%20R%C3%A9union.pdf

[15] F. BECK., J.-B. RICHARD, T. GAUDUCHON et S. SPILKA, « Les usages de drogues dans les DOM en 2014 chez les adolescents et les adultes », *Tendances n°111*, OFDT, 2016

répandue : en 2014, les deux tiers des Réunionnais (68%) déclaraient avoir déjà fumé au cours de leur vie, beaucoup moins qu'en métropole (80%). Le tabagisme quotidien concerne un quart des personnes (25%), soit 3 points de moins qu'en métropole, sans différence parmi les hommes[16]. Cependant, si l'écart chez les hommes est infime (30-31%), les femmes réunionnaises apparaissent bien moins consommatrices que leurs homologues de métropole (20% vs 24%) : le phénomène du tabagisme quotidien apparaît donc plus genré à La Réunion. Enfin, comme en métropole, la prévalence tabagique culmine entre 15 et 30 ans : 37 % de fumeurs actuels, légèrement plus qu'en métropole mais moins de fumeurs quotidiens (30% versus 33%)[17].

En matière d'alcool, les Réunionnais sont moitié moins nombreux à consommer de l'alcool quotidiennement (5% vs 10%), en particulier du vin qui, en métropole, prime parmi les consommations au moins hebdomadaires (2% vs 8%). Ils se distinguent toutefois par un usage quotidien plus fréquent d'autres alcools (3% vs 2%), notamment la bière et les alcools forts (notamment le rhum)[18]. Dans la zone Océan indien, les indicateurs d'alcoolisation régulière ou ponctuelle intensive sont à des niveaux très inférieurs à ceux observés en métropole, ce qui n'exclut pas que, selon les territoires, différentes populations peuvent présenter des usages problématiques d'alcool (comme à Mayotte notamment). Les comportements excessifs (alcoolisations ponctuelles importantes définies par le fait de boire six verres ou plus lors d'une même occasion, ivresses et usage d'alcool à risque chronique[19]) y sont moins fréquents qu'en métropole. Cependant, parmi les buveurs réguliers, la consommation moyenne dépasse de loin celle de la métropole (36 versus 26 verres par semaine), suggérant des consommations régulières certes plus rares mais plus importantes en quantité.

Enfin, les drogues illicites sont globalement moins répandues qu'en métropole, parmi les adultes et les adolescents. L'expérimentation de cannabis concerne 35% des Réunionnais âgés de 15 à 64 ans (48% des hommes et 24 % des femmes), contre plus de 40% en métropole (49% des hommes, 33% des femmes)[20]. L'écart par sexe est donc plus marqué qu'en métropole (24 versus 16

https://www.ofdt.fr/BDD/publications/docs/eftxfbw7.pdf

[16] J.-B. RICHARD, *Premiers résultats du Baromètre santé DOM 2014. Résultats détaillés selon le DOM, l'âge et le sexe*, Inpes, 2015 : http://inpes.santepubliquefrance.fr/CFESBases/catalogue/pdf/1662.pdf

[17] J.-B. RICHARD, J. BALICCHI, E. MARIOTTI, N. PRADINES et F. BECK, *Premiers résultats du Baromètre santé DOM 2014 - La Réunion*, Santé Publique France, coll. Baromètres santé, 2015, http://inpes.santepubliquefrane.fr/CFESBases/catalogue/pdf/1676.pdf

[18] J.-B. RICHARD, J. BALICCHI, E. MARIOTTI, N. PRADINES et F. BECK, *op.cit.*

[19] Consommation hebdomadaire supérieure à 21 verres pour les hommes, 14 verres pour les femmes ou API hebdomadaire. Elle concerne 5% de la population, soit 8 % des hommes (versus 11% en métropole) et 2% des femmes (versus 4 %).

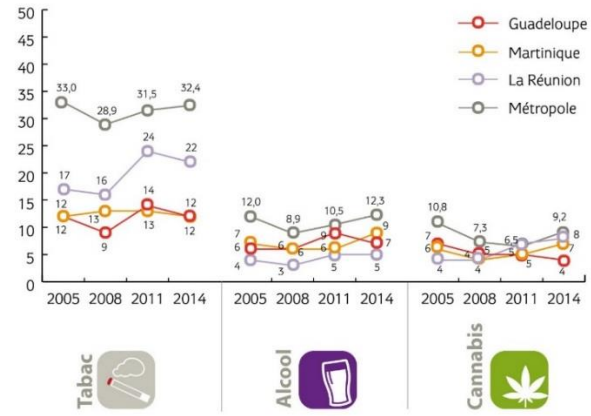
[20] J.-B. RICHARD, J. BALICCHI, E. MARIOTTI, N. PRADINES et F. BECK, *op. cit.*

points d'écart). Cependant, l'usage au cours de l'année concerne près de 12% de la population, comme au niveau métropolitain (11%), de même que l'usage régulier (moins de 3%). Le cannabis y est majoritairement consommé sous forme de zamal, à la différence de la métropole où la résine domine parmi les formes de consommation. Les niveaux d'expérimentation des autres drogues illicites sont sensiblement plus faibles à La Réunion : 1,6% pour les champignons hallucinogènes (versus 5% en métropole), 1,6% pour l'ecstasy ou MDMA (vs 4%), 1,3 % pour le poppers (vs 7%), 1,1% pour la cocaïne (vs 5%) et moins de 1% pour les amphétamines (vs 2%). On observe également des phénomènes très localisés de consommation dans la zone Océan indien. Tout d'abord, on relève à la Réunion, depuis de nombreuses années, une surconsommation de médicaments détournés de leur usage centrée sur l'Artane®, qui se retrouve dans le public des dispositifs socio-sanitaires (y compris destinés aux plus jeunes, comme les consultations jeunes consommateurs).

Au sein de la population jeune, on relève également quelques spécificités de consommation à La Réunion, en l'absence de données pour Mayotte – où 60% de la population a moins de 25 ans et où les données d'enquête sont donc d'autant plus attendues. Si le tabagisme quotidien est nettement inférieur au niveau métropolitain, il a connu une augmentation importante entre 2008 et 2011 (24% de fumeurs à 17 ans). De même, les comportements d'alcoolisation excessive sont en hausse en population jeune à la Réunion : à 17 ans, la fréquence des épisodes d'alcoolisation ponctuelle importante (API) y est en augmentation depuis dix ans, pour atteindre aujourd'hui des niveaux importants (37% au cours du dernier mois)[21]. Cette consommation d'alcool est à l'origine d'un fort taux de mortalité lié aux accidents de la route. Ainsi, les problématiques d'alcool constituent un enjeu de santé publique majeur en outre-mer, comme en témoigne la signature récente d'une charte « *contre l'usage nocif ou abusif d'alcool* » à la Réunion, entre pouvoirs publics, producteurs locaux, importateurs et distributeurs d'alcool, en septembre 2015. Enfin, parmi les drogues illicites, globalement moins répandues, le cannabis, quasi-exclusivement consommé sous forme d'herbe, arrive en tête parmi les jeunes de 17 ans, avec des niveaux d'expérimentation plus élevés parmi les garçons (51% vs 49,8% en métropole). Les niveaux d'usage régulier, qui étaient plus élevés à la Réunion qu'en métropole en 2011, se sont retrouvés en deçà en 2014 du fait de la forte hausse constatée en métropole dans cette période. Si l'évolution à la hausse se retrouve à la Réunion, elle a été plus modérée. L'usage régulier de cannabis concerne ainsi 8% des jeunes Réunionnais (vs 9,2% des métropolitains), qui sont bien plus souvent qu'en métropole des garçons (12% vs 4% des filles).

[21] F. BECK, J.-B. RICHARD, T. GAUDUCHON et S. SPILKA, *op. cit.*

Évolution des usages réguliers dans trois DOM et en métropole à 17 ans (%)



Sources : Enquêtes ESCAPAD 2005-2014 (OFDT)
[Tendances n° 111 - Les usages de drogues dans les DOM en 2014 chez les adolescents et les adultes]

Ces données quantitatives peuvent être complétées par les observations qualitatives recueillies par le dispositif TREND de l'OFDT (Tendances récentes et nouvelles drogues), qui a été actif à la Réunion pendant cinq ans (jusqu'en 2005)[22] et a mené une investigation spécifique sur « la chimique » à Mayotte en 2017 (grâce à un financement de l'Agence régionale de santé). Mises bout à bout, ces sources soulignent d'abord que, à la Réunion, l'alcool et le zamal sont de loin les produits les plus répandus et sont souvent associés à des polyconsommations impliquant notamment des médicaments détournés de leur usage, surtout chez les jeunes[23]. Ces polyconsommations associent ainsi cannabis sous forme d'herbe (zamal rendu très accessible par l'auto-culture), consommation d'alcool (bière ou rhum) et dilution du « *rond* » (comprimé médicamenteux) dans une boisson alcoolisée ou un soda (bière, rhum ou Coca-cola). Par ailleurs, si l'Artane® reste une problématique bien spécifique à la Réunion, on observe également des phénomènes de consommation bien spécifiques à Mayotte, à travers le phénomène de « la chimique » − un mélange de tabac, imprégné d'alcool, et de cannabinoïdes de synthèse achetés en vente libre sur des sites internet étrangers − qui s'est diffusé très rapidement à partir des années 2010. La prise de conscience de la gravité de la crise de la « chimique » à Mayotte a été favorisée par les effets spectaculaires de la consommation sur certains individus, visibles dans l'espace public (décompensations psychiatriques, évanouissement, agressivité), via les scènes ouvertes de consommation. La plupart des usagers rencontrés, de même que les différents professionnels investis dans le champ de

[22] Rapports d'observation de TREND :
- année 2001 : https://www.ofdt.fr/ofdt/fr/trend/reun01.pdf
- année 2002 : https://www.ofdt.fr/ofdt/fr/trend/reun02.pdf
- année 2003 : https://www.ofdt.fr/ofdt/fr/trend/reun03.pdf

[23] M. RODDIER, *Phénomènes émergents liés aux drogues en 2003. Tendances récentes sur le site de la Réunion*, OFDT/ORS La Réunion, 2004, https://www.ofdt.fr/ofdt/fr/trend/reun03.pdf

la prévention ou de la santé, s'accordent pour constater que la dépendance engendrée par la consommation du produit est à la fois rapide et forte dans un contexte où la prise en charge sanitaire reste insuffisante, les pouvoirs publics s'étant trouvés démunis face à ce phénomène qui s'inscrit dans le cadre les évolutions générales du département : explosion démographique en lien avec une forte hausse de la part des mineurs (en partie migrants clandestins en provenance des Comores), chômage de masse, accroissement des inégalités sociales et développement important de la délinquance et de la criminalité, etc.

C.- Le cannabis : une singularité française ?

Outre l'alcool, le cannabis est une problématique marquante en métropole comme dans la zone Océan indien. Celui-ci concentre une série de spécificités qui méritent l'attention. Tout d'abord, contrairement à l'alcool et au tabac, enracinés dans les comportements d'usage depuis plusieurs générations, l'usage de cannabis est un phénomène plus récent. Sa diffusion a fortement progressé au cours des années 1990, pour atteindre un point culminant au début des années 2000. L'expérimentation de ce produit a connu un pic dans les générations nées à partir des années 1980 (qui, aujourd'hui, avoisinent la quarantaine) et s'est « banalisée » dans les générations suivantes. En outre, à la différence des drogues légales dont l'usage augmente avec l'âge, la diffusion du cannabis culmine parmi les plus jeunes et diminue progressivement après 25 ans. Les usages occasionnel et régulier de cannabis sont, en effet, fortement associés aux modes de vie et de sociabilité attachés à l'adolescence et aux débuts de l'âge adulte. Avec l'entrée dans la vie active, l'installation en couple, l'arrivée du premier enfant, l'usage de cannabis s'avère souvent abandonné. Ce caractère transitoire de l'usage de cannabis lui confère un statut singulier : les deux tiers des usagers arrêtent spontanément leur consommation entre 25 et 30 ans, ce qui n'est le cas ni de l'alcool, ni, à plus forte raison, du tabac. Enfin, la place du cannabis dans les comportements sociaux des jeunes constitue une spécificité d'autant plus remarquable que la France dispose d'une législation parmi les plus sévères en Europe en matière d'usage et de détention du cannabis. En dépit de cet interdit, supposé dissuasif, la France est un des pays les plus consommateurs, en particulier parmi les jeunes dont les niveaux de consommation dépassent nettement la moyenne européenne : à 15-16 ans, un élève sur quatre a consommé du cannabis dans le dernier mois, loin devant les autres pays les plus consommateurs (Etats-Unis, Canada, République tchèque, Danemark, Italie, Espagne).

L'impact limité de l'interdit légal sur les dynamiques de marché est donc aujourd'hui bien établi. À l'image de l'économie européenne du cannabis, le marché français a connu d'importants bouleversements dans la période récente. Premièrement, par rapport aux années 1990, le cannabis est aujourd'hui moins cher, plus dosé et plus accessible. Le prix de détail (au gramme) y est l'un des

plus bas d'Europe (9 euros pour la résine, 7 euros pour l'herbe) après avoir atteint un niveau plancher dans le creux de la décennie 2000 (autour de 5-6 euros), qui contribue à expliquer sa forte diffusion dans cette période. Parallèlement, le développement de l'auto-culture à l'échelle de l'Europe et de la France (devenues des terres de production) a, en accroissant l'offre, amplifié la baisse des prix et participé à une recomposition du marché au profit de l'herbe, qui reste la deuxième forme de consommation après la résine mais connaît une progression très importante. Outre la forte montée en charge de l'herbe, l'offre de cannabis tend à se diversifier avec, d'une part, la démultiplication des variétés de résine mises en circulation (reposant sur des techniques d'hybridation) et, d'autre part, l'arrivée sur le marché de « nouveaux produits de synthèse » imitant les effets du cannabis (cannabinoïdes de synthèse). Elle se diversifie également au regard de la gamme des produits disponibles en vente illicite, qui s'est élargie à des produits à forte concentration en principe actif, comportant un risque accru d'addiction et de *bad trip* : le taux moyen de tétra-hydrocannabinol (THC) a ainsi triplé en quinze ans, dépassant désormais 20% pour la résine et 13% pour l'herbe (versus 6,5% et 4,7%, respectivement, en 2000). Le nombre croissant de saisies et des quantités interceptées témoigne d'une forte mobilisation des services répressifs autour du trafic de cannabis. En 2016, plus de 18 tonnes d'herbe et 52 tonnes de résine ont été saisies, ce qui place la France au deuxième rang de l'UE. En particulier, les saisies d'herbe ont été multipliées par dix en 10 ans : leur part, qui était de 6% il y a encore cinq ans, représente maintenant un quart des saisies. La Réunion fait partie du tiers de départements qui enregistrent les volumes les plus importants de saisies d'herbe, qui se situent dans une tranche variant de 20 à 100 kg par an. L'Institut national des hautes études évalue le chiffre d'affaires annuel du cannabis à 1,1 milliard d'euros et le nombre d'emplois (illicites) générés par le trafic de cannabis à 240 000 personnes.

La loi n'empêche donc pas le renouvellement des vecteurs de diffusion du cannabis, qui se régénèrent rapidement par le biais de la culture d'herbe qui, cantonnée jusqu'alors à une production individuelle, sans but lucratif, destinée à l'entourage, prend maintenant de nouvelles formes qui témoignent de la réactivité des filières de production et de trafic (usines de cannabis dirigées par des réseaux criminels, *cannabis social clubs*, cultures *indoor* de particuliers destinées à un marché local). L'offre et la délinquance associée continuent donc de se transformer rapidement, en dépit de la loi, et constituent un phénomène social consubstantiel à la question des addictions dès lors qu'une fraction d'entre elles relèvent de pratiques illicites.

II.- La dimension socio-pénale des addictions

Cette seconde partie se proposer d'évoquer quelques enjeux sociaux qui sous-tendent la mise en œuvre des réponses publiques apportées aux usagers de drogues, notamment en termes de politiques pénales. Si l'application de la politique pénale donne lieu, dans ce domaine comme dans d'autres, à d'importantes disparités, celles-ci méritent d'être explicitées afin de faire émerger les enjeux d'articulation entre santé et justice, irrigués par la question sociale.

A.- Des usagers diversement exposés au risque d'interpellation

Différents travaux ont montré que les usagers de drogues sont plus ou moins exposés aux risques d'interpellation policière et de pénalisation. Dans un contexte de hausse très importante du volume d'interpellation pour usage de stupéfiants (en particulier de cannabis)[24], le gradient social semble s'être renforcé dans les stratégies d'application de la loi. Une étude a, de longue date, établi que le nombre et les caractéristiques des usagers interpellés dépendent largement de la stratégie des forces de l'ordre, donnant lieu à d'importantes disparités territoriales mais aussi sociales[25]. Par exemple, la comparaison entre données policières et épidémiologiques montre que les élèves et les étudiants sont plus nombreux parmi les usagers déclarés alors que les personnes au chômage et les ouvriers sont plus nombreux parmi les interpellés : usagers interpellés et déclarés n'ont donc pas le même statut socioprofessionnel[26]. Ce différentiel s'explique en partie par le fait que le nombre et la qualité des interpellations pour usage de stupéfiants constatées dépendent avant tout de l'activité déployée par les services de police et de gendarmerie, déterminée par leurs priorités et leurs pratiques de recherche d'infractions. Or, dans le cadre de la politique du chiffre officiellement pratiquée pendant plusieurs années, les usagers de stupéfiants en général, et de cannabis en particulier, fournissent un moyen commode d'atteindre les objectifs d'activité fixés aux services et donc de préserver les crédits pour l'exercice budgétaire suivant. Au cours des années récentes, plusieurs études ont confirmé la corrélation entre l'intensité du travail policier et l'existence d'une telle politique de « performance » incitant les services de police et de gendarmerie à « faire du shiteux » pour améliorer leurs indicateurs, mesurées par le taux d'élucidation[27]. Les infractions d'usage étant élucidées au moment même où elles sont constatées,

[24] I. OBRADOVIC, « La pénalisation de l'usage de stupéfiants en France au miroir des statistiques administratives. Enjeux et controverses », *Déviance et Société,* 36/4, 2012, pp. 441-469.
[25] M.-D. BARRE, « La répression de l'usage de produits illicites : état des lieux », *Questions pénales,* Guyancourt, CESDIP, mars 2008, XXI.2.
[26] P. PERETTI-WATEL, F. BECK et S. LEGLEYE, « Usagers interpellés, usagers déclarés : les deux visages du fumeur de cannabis », *Déviance et Société,* 2004/3, 28, pp. 335-352.
[27] C. MOUHANNA et J.-H MATTELLY., *Police : des chiffres et des doutes,* Paris, Michalon, 2007.

la constatation de ce type d'infraction débouche mécaniquement sur une amélioration du taux d'élucidation des unités de police, dont le taux de résolution d'affaires de ce type peut ainsi atteindre 100%, selon la manière dont est faite l'enquête et selon le mode d'enregistrement des infractions qui a été retenu. Selon la stratégie poursuivie, les policiers et les gendarmes peuvent donc prioritairement interpeller *« des usagers-acheteurs, des usagers visibles et prévisibles, ou des usagers perçus comme à problèmes, susceptibles de commettre des nuisances »*[28]. Dans ce sens, les interpellations d'usagers connus, appréhendés dans des endroits bien identifiés, sont analysées par certains auteurs comme procédant d'une forme de contrôle de populations et de lieux considérés comme étant « à problèmes », dans une perspective générale de lutte contre l'insécurité urbaine. Ces classes d'usagers visibles constituent une « clientèle policière » relativement facile à appréhender[29]. L'ensemble de ces tendances invitent à rappeler les fondements du système de justice pénale, en mesurant la place que tient le système répressif dans la régulation sociale. Outre le fait qu'il existe, non seulement, une forte connotation sociale dans les politiques d'incrimination[30], l'application de la loi traduit le souci de protéger l'ordre social contre « *les classes dangereuses* »[31]. Comme dans la plupart des pays occidentaux, le renforcement de la pénalisation touche principalement la délinquance de rue et certaines catégories de populations marquées par la précarité, en particulier les usagers de drogues.

B.- Justice pénale versus justice sociale ?

Les recherches menées sur le traitement pénal des délits[32], en particulier de l'usage de stupéfiants[33], établissent l'existence de « *destinées judiciaires socialement marquées* »[34]. Les logiques de sélection sociale à l'œuvre dans le système pénal prennent différentes formes et se jouent aux différents stades de la procédure : à l'entrée dans le circuit pénal ; lors de la phase de catégorisation de l'infraction et de traitement du dossier pénal ; dans le choix du type de condamnation (incluant ou non une sanction d'emprisonnement) et du quantum de la peine ; enfin, dans les mécanismes d'aménagement des peines. A propos de l'usage de stupéfiants, on peut ainsi souligner, au stade de l'instruction, une

[28] P. PERETTI-WATEL, F. BECK et S. LEGLEYE, *op. cit*.
[29] C. MOUHANNA et J.-H MATTELLY, *op. cit*.
[30] J.-P. JEAN., *Le système pénal*, Paris, La Découverte, 2008.
[31] L. CHEVALIER, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du 20ème siècle*, Paris, Plon, 1958.
[32] J. DANET (dir.), *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, Rennes, PUR, 2013.
[33] I. OBRADOVIC, « Dix ans d'activité des consultations jeunes consommateurs », *Tendances n°101*, OFDT, 2015.
[34] Voir GAUTRON et J.-N. RETIERE, « Des destinées judiciaires pénalement et socialement marquées », in DANET J. (dir.), *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, Rennes, PUR, 2013.

concentration des procédures sur la CRPC puis, au stade du prononcé de la peine, un recours significativement plus fréquent au sursis simple ou aux amendes[35]. Ce lien entre la précarité sociale et la vulnérabilité pénale est si fort qu'il transcende parfois les usages procéduraux locaux[36]. De la même manière, la délinquance d'usage-revente, souvent associée à l'usage, peut aussi être analysée comme un « *illégalisme socialement typé* »[37].

Par ailleurs, face à l'inflation du contentieux des stupéfiants, les politiques pénales se sont diversifiées et intègrent de plus en plus de réponses prononcées par le biais de la justice pénale, notamment sous forme de « *mesures de la troisième voie* » en amont des tribunaux : orientation socio-sanitaire, injonction thérapeutique, stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants. Alors que les orientations socio-sanitaires se sont progressivement développées à la faveur de la création des consultations jeunes consommateurs (CJC), en 2004-2005, ce dispositif s'est imposé comme une filière de gestion des clientèles pénales.

Ainsi, un consultant sur deux accueilli en CJC est adressé par la justice (48%), loin devant les autres modalités de recours au dispositif, en particulier parmi les hommes âgés de 18 à 25 ans qui constituent aussi une « *clientèle policière* » privilégiée en fait d'usage de stupéfiants[38]. Pourtant, au sein de ce public orienté par la justice, on relève plus souvent des usages occasionnels de cannabis. Les consultants orientés par la justice vus en CJC présentent en effet des caractéristiques bien spécifiques : il s'agit, d'abord, d'un public quatre fois plus masculin que les autres types de consultants, ce qui reflète le sexe ratio des interpellations pour usage de cannabis, largement dominé par les hommes (93% selon les données de l'OCRTIS). De plus, certaines catégories apparaissent nettement sur-représentées au sein de la population adressée par les autorités judiciaires, en particulier les personnes déscolarisées ou sans emploi et jeunes majeurs déclarant consommer du cannabis dans un cadre festif. Ce profil différencié va de pair avec une prise en charge spécifique à l'arrivée en consultation : les justiciables sont plus souvent reçus par un éducateur, un infirmier ou un travailleur social, plutôt que par un psychologue ou un médecin. Enfin, ils ont davantage de probabilité de faire l'objet d'une évaluation limitée à une seule séance, conclue par la remise d'une attestation de présence, garantie d'exécution pénale opposable aux services judiciaires. Les consultants répondant à une injonction judiciaire exécutent en effet le plus souvent une mesure

[35] Voir GAUTRON et J.-N. RETIERE, *op. cit*.
[36] A. LENOIR, J.-N RETIERE et C. TREMEAU, « Des délits et de leurs auteurs », in Danet J. (dir.), *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, Rennes, PUR, 2013.
[37] A. LENOIR, J.-N RETIERE et C. TREMEAU, *op. cit.*
[38] I. OBRADOVIC, « Les consultations jeunes consommateurs. Un dispositif d'aide ouvert aux jeunes et à leur entourage », *Les Cahiers dynamiques. Revue professionnelle de la Protection judiciaire de la jeunesse n°56*, 2013.

alternative aux poursuites (pour les deux tiers d'entre eux) qui les oblige à venir en CJC pour obtenir une suspension des poursuites pénales. Au-delà de cette visite de contact, rares sont les personnes qui s'avèrent volontaires pour solliciter un accompagnement ou une aide à la réduction de leur consommation, ce qui réhabilite l'hypothèse d'une nécessaire adhésion thérapeutique pour souscrire au principe des soins. Ces logiques de sélection sociale se retrouvent dans le public des stages de sensibilisation, qui sur-représente les ouvriers, les employés et les chômeurs, deux fois plus souvent astreints à suivre ce type de mesure que d'autres, si on compare la structure du public des stages à celle des personnes interpellées pour usage de stupéfiants[39].

Conclusion : réhabiliter le facteur social dans les politiques de lutte contre les addictions ?

Ces observations, qui objectivent les inégalités d'exposition au risque judiciaire, sont redoublées par les logiques d'accès aux traitements, de fait moins sollicité par les catégories les plus défavorisées. Si ces constats accréditent l'hypothèse de certains auteurs qui dénoncent un système prohibitif qui tend à pénaliser la misère[40], les enjeux ne se résument pas à cette dimension d'interdit si l'on en croit la prévalence du gradient social dans le tabagisme[41]. A cet égard, il sera intéressant d'observer les effets sociaux de la politique de hausse des prix du tabac annoncée par le gouvernement jusqu'en 2020, dans une perspective de réduction des inégalités sociales face au cancer.

En matière de stupéfiants, tout se passe comme si la politique pénale contribuait, en pratique, à renchérir les inégalités sociales d'accès aux traitements. Toutefois, la légalisation du cannabis dans certains Etats américains a relancé, au niveau international, la question du lien entre la lutte contre les addictions et les enjeux sociaux (avec une forte dimension raciale aux Etats-Unis). Justifiées par la nécessité de lutter contre les discriminations socio-raciales dans les interpellations pour des infractions à la législation sur les stupéfiants, les « *nouvelles politiques de régulation du cannabis* » ont montré, dans leur mise en œuvre, que l'accès au marché légal est largement préempté par les catégories sociales aisées, profitant d'un cannabis plus sûr mais relativement cher, qui reste

[39] I. OBRADOVIC, « Eduquer, orienter ou punir ? Les professionnels du soin face à la mise en œuvre des stages de sensibilisation aux dangers de l'usage de stupéfiants », *Revue française des affaires sociales n°3,* 2013, pp. 7-24.
[40] L. WACQUANT, *Les Prisons de la misère*, Paris, Raisons d'agir, 2011.
[41] J. CONSTANCE et P. PERETTI-WATEL, « La cigarette du pauvre », *Ethnologie française*, vol 40, n°3, 2010, pp. 535-542.

prohibitif pour les usagers les moins aisés[42]. Ces résultats de recherche font ressortir les enjeux démocratiques liés au prix des stupéfiants, suggérant des stratégies de lutte contre les addictions prenant au sérieux le facteur social.

[42] I. OBRADOVIC, « Vers la fin de la prohibition ? Convergences et disparités des initiatives de régulation du cannabis aux États-Unis », *Politique américaine n°30*, 2017/2.

Addictions et droit : l'aliénation de la personne

Céline KUHN

Maître de conférences en Droit Privé
à la Faculté de Droit et d'Economie de La Réunion

Addictions et Droit : comment le Droit appréhende-t-il le phénomène ?

Le juriste pense immédiatement aux stupéfiants et à la réponse pénale qui y est apportée puisque derrière leur consommation qui demeure une infraction[1], se profile la délinquance qui y est associée. Le Droit semble surtout s'intéresser à l'organisation de la répression de la consommation de certaines substances addictives en érigeant parfois le fait d'en avoir fait usage en circonstances aggravantes comme à l'article 222-20-1 2° et 3° du Code pénal. La matière pénale ne traite pas véritablement de la question de l'addiction mais en saisit plutôt les conséquences.

Dans le même registre, celui de la justice pénale, l'obligation de soins[2] et l'injonction thérapeutique[3] peuvent constituer à leur manière des tentatives de solution apportées au traitement des addictions.

De façon générale, le terme « *Addiction* » pour le Législateur paraît lié au domaine pénal ce que confirme une rapide recherche sur le site internet *Légifrance*. Huit articles, tous codes confondus, comportent le mot « *addiction* », ces textes se retrouvent dans le Code de Procédure pénale, le Code de la Santé publique, le Code du service national, le Code de la sécurité intérieure et le Code du sport. Le terme est visé par exemple dans le cadre de la mise en place des politiques publiques de lutte contre la délinquance (art. D132-5 CSI) ou de prévention contre les conduites à risques (art. L114-3 CSN).

Le Droit civil n'apparaît pas en reste, la Justice civile connaît le phénomène des addictions. Ainsi, l'article 220-1 du Code civil permet au Juge aux affaires familiales d'interdire à l'un des époux qui manque gravement à ses devoirs et met en péril les intérêts de la famille, de contracter seul des dettes en cas d'addiction aux jeux d'argent notamment.

---

[1] L'article L3421-1 du Code de la Santé publique organise la répression de la consommation de stupéfiants qui demeure une infraction même si le texte n'est pas dans le Code pénal.
[2] Art. 132-45, 3° du Code Pénal ou Art. 138, 10° du Code de Procédure pénale, par exemple.
[3] Art. L3413-1 et suivants du Code de la Santé Publique.

De même, la question de l'addiction est indirectement abordée par les procédures de protection des majeurs qui connaissent en raison de leur comportement addictif une altération de leurs facultés physiques ou mentales[4]. En outre, *« la généralité de l'article 1129 du code civil* [relatif au consentement dans la formation du contrat] *couvre toutes espèces de troubles. Qu'ils soient dus à la maladie, la sénescence, l'alcool, la drogue ou autre addiction, peu importe : le consentement, s'il existe, ne peut être valablement émis. Justement parce qu'il est troublé. Encore le trouble doit-il atteindre un degré suffisant. Sur ce point, les juges du fond sont souverains dans leur appréciation »*[5].

En réalité, ces différents dispositifs civilistes traitent plus les conséquences de l'addiction que l'addiction en tant que telle.

L'addiction est un fait social et le Droit à ce titre, s'y intéresse. La notion est le plus souvent utilisée au pluriel car envisagée en fonction de ses déclinaisons multiples et hétéroclites : addiction aux stupéfiants, à l'alcool, au tabac, aux médicaments, aux jeux de hasard, au sport, au sexe, aux jeux vidéo…*etc*. Partir de la définition de la notion permettrait d'envisager le phénomène au singulier : l'addiction est une envie irrépressible qu'a la personne de consommer un produit, voire de s'adonner à une activité qui lui apporte une sensation dont elle ne peut plus se passer en dépit de sa propre volonté. Dans l'addiction, il y a donc l'idée d'une perte de contrôle, d'une perte de soi-même, de son aliénation à la recherche d'une sensation.

Le dictionnaire Larousse pour définir l'addiction renvoie à la définition de la conduite addictive : **« *comportement répétitif plus ou moins incoercible et nuisible à la santé (toxicomanie, alcoolisme, tabagisme, boulimie, anorexie)* »**[6].

La définition retenue dans le Larousse médical précise que **« *L'addiction est un processus par lequel un comportement humain permet d'accéder au plaisir immédiat tout en réduisant une sensation de malaise interne. Il s'accompagne d'une impossibilité à contrôler ce comportement en dépit de la connaissance de ses conséquences négatives* »**[7].

Deux éléments ressortent de ces différentes définitions : le comportement addictif est nocif et le comportement addictif est créateur de dépendance, d'asservissement.

[4] Art. 425 et suivants du Code civil.
[5] N. DISSAUX, *Rep. civ.*, V° Contrat : formation, n°120, Dalloz, 2017.
[6] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/addictif_addictive/1010/locution
[7] http://www.larousse.fr/encyclopedie/medical/addiction/185204

Aussi, afin de concevoir une approche juridique de la notion d'addiction, il convient de confronter ses caractéristiques à l'état du Droit pour saisir les réponses qu'il peut apporter : Nocivité (I) et Asservissement (II).

I.- La nocivité

Le traitement des addictions (toxicomanie, alcoolisme, tabagisme notamment) dans le Code de la Santé publique est à rapprocher de la lutte contre les maladies. La personne addicte semble dans une situation juridique proche de celle du malade, du patient qui est en droit de décider de son parcours de soins au nom du principe de l'inviolabilité du corps humain (A). La nocivité du comportement addictif pose directement la question suivante : existe-t-il un droit de se nuire (B) ?

A.- La personne addicte, un malade ?

Le présupposé de base est le suivant : l'addiction est néfaste car elle entraîne des comportements à risque et pour des raisons à la fois de protection de l'Ordre public mais également parce que c'est un enjeu de Santé publique, le phénomène doit être combattu.

La Société n'a pas une appréhension ou une conception globale de l'addiction mais réagit en fonction du produit ou du comportement en question. La distinction substance ou comportement licites /illicites a contribué à éloigner toute approche unitaire de la problématique et constitue sans doute l'une des premières explications du traitement juridique parcellaire de l'addiction dont le Droit ne connaît que le pluriel. Les textes visent le plus souvent « *les addictions* » et s'intéressent surtout aux comportements addictifs entrant dans le champ du Droit pénal français : la consommation de stupéfiants ou de produits alcooliques.

Aucun texte, aucun article ne donne de définition de l'addiction, terme que le Législateur utilise peu, lui préférant celui de « *dépendance* » qu'il ne définit pas non plus. Ces absences de définition peuvent apparaître étonnantes car l'importance du phénomène ne lui a pas échappé, en témoigne l'intitulé de la Troisième partie du Code de la Santé Publique : « *La lutte contre les maladies et dépendances* ».

L'association « *maladies* » et « *dépendances* » mérite d'être relevée : ne tombe-t-on pas malade comme on tombe dans la drogue ou dans l'alcool…

La personne addicte semble assimilée à un malade, l'addiction à une maladie. Elle constitue alors un enjeu de Santé publique ayant effectivement toute

sa place dans la Troisième partie du Code de Santé publique. L'article L3411-1 de ce même Code dispose qu « ***une personne usant d'une façon illicite de substances ou plantes classées comme stupéfiants bénéficie d'une prise en charge sanitaire organisée par l'agence régionale de santé*** ». L'Etat a développé des politiques publiques de lutte contre les différentes manifestations d'addiction (toxicomanie, alcoolisme, tabagisme…etc.) afin de contenir ce qu'on appelait avant la réforme du Code de la Santé publique[8], des « *fléaux sociaux* ».

L'*association* avec la maladie exprime la peur d'une contagion des comportements addictifs à la Société toute entière, peur qui justifierait l'intervention étatique. Cependant, cette association peut apparaître contreproductive si l'on se place sur le terrain du Droit des patients car si la personne addicte est considérée comme une personne malade, l'on comprend mieux alors les réticences du Droit à intervenir.

L'analogie avec la personne malade permet de comprendre la position délicate dans laquelle se trouve le Droit français. Les principes directeurs en matière d'activité médicale rendent le patient, acteur de son parcours de soins et placent son consentement au cœur du système. L'alinéa 4 de l'article L. 1111-4 du Code de la Santé publique prévoit que **« *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* »**. Ce texte est une déclinaison de l'article 16-3 du Code civil qui dispose que : **« *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.***

***Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* »**.

Le consentement du patient constitue la clé de la licéité de l'activité médicale. Par conséquent, si la personne refuse son traitement, le soignant au nom de l'inviolabilité du corps humain[9] doit entendre son refus et l'accepter, même si cela peut avoir des conséquences néfastes sur la condition physique du patient voire mettre sa vie en danger[10].

---

[8] Ordonnance n°2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du Code de la Santé Publique.

[9] Al. 1er et 2 de l'article 16 du Code civil : « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable.* » ; voir C. KUHN « Le corps humain », *in Le grand oral, Les droits et libertés fondamentaux*, sous dir. R. BERNARD-MENORET, coll. Objectif : devenir avocat, Ellipses, 2016, pp. 59-76.

[10] Al. 2 de l'article L1111-4 CSP : « *Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. Le suivi du malade reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif* ».

En matière d'addiction, en principe, il n'y a pas d'obligation de soins pour la personne addicte, elle n'est pas obligée de se soigner. Tout traitement nécessite son consentement, consentement qui apparaît fortement encouragé et motivé dans le contexte précis des obligations de soins et des injonctions thérapeutiques par les « avantages » qu'elle peut en attendre mais la personne aura toujours le dernier mot. Elle peut ainsi refuser de se soigner, ne jamais commencer les traitements ou les arrêter, il n'y a pas juridiquement d'obligation. La personne addicte peut rester dans son état d'addiction ou du moins, ne rien faire pour en sortir. L'inviolabilité du corps interdit donc tout traitement forcé qui s'analyserait en une atteinte non consentie au corps d'autrui et qui pourrait tomber sous le coup de la loi pénale.

Ce constat permet de comprendre que le principe d'inviolabilité du corps ne s'adresse qu'aux tiers. Si ces derniers n'ont pas le droit de porter atteinte au corps d'autrui, *quid* de la personne elle-même ? Aurait-elle le droit de porter atteinte à son propre corps ? Aurait-elle le droit de se nuire (B) ?

B.- Le droit de se nuire ?

La question est choquante et la réponse risque de l'être également.

Les relations qu'entretient la personne avec son corps, sont marquées par la liberté. Cette liberté constitue une manifestation de la liberté individuelle mais également peut être fondée sur un rapport de propriété[11] : la personne étant propriétaire de son corps, elle a un pouvoir exclusif sur celui-ci, qui lui permet de décider seule de sa « gestion ». Aussi, quelle que soit l'analyse retenue pour expliquer la teneur des rapports de la personne avec son corps - liberté individuelle ou propriété -, le Droit semble laisser carte-blanche à l'individu.

La personne n'a-t-elle pas le droit de se détruire ? Au nom du principe de la libre utilisation de son corps par la personne, celle-ci peut accomplir sur lui des actes de consommation, c'est-à-dire de destruction : de la destruction la plus anodine comme le fait de se ronger les ongles à la plus dramatique, le suicide. Ces actes de destruction sont licites. Le suicide par exemple ne constitue pas une infraction : la personne qui aura fait une tentative de suicide, ne sera pas pénalement poursuivie.

Dans le même esprit, la personne aurait-elle le droit de se nuire ? Qui peut le plus, peut le moins… Le Droit reconnaît le pouvoir de se détruire, on peut supposer que la personne dispose également de la faculté de se nuire. Rien dans le Code pénal ni dans le Code civil vient interdire ou sanctionner un individu qui

[11] F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les Personnes*, coll. Droit fondamental, PUF, n°277-279, pp. 239-241; Th. REVET, « Le corps humain, est-il une chose appropriée », *RTD. Civ*. 2017, p. 587.

se nuit à lui-même. Cela peut apparaître étonnant mais le Droit n'interfère pas dans la relation entre la personne et son corps comme l'illustre le régime du refus de soins du patient précédemment évoqué. Le refus de soins constitue une abstention, l'addiction, le fait d'avoir un comportement addictif relève, quant à lui, plus de l'action : prise de stupéfiants, consommation de boissons alcooliques, de produits de tabacs, participation à des jeux…*etc*. Cette action s'avère nocive, nuisible à la santé de l'individu, elle est toxique.

Le législateur n'hésite pas à employer un vocabulaire lié à la toxicité en matière d'addictions : l'article L3412-2 du Code de la Santé Publique fait référence à la personne « *intoxiquée* » qui doit aller en cure de « *désintoxication* » ; l'article L3512-17 du même Code s'intéresse à « *la toxicité* » des ingrédients des produits du tabac, pour ne citer que ces exemples.

Il semble important de différencier l'addiction qui développe une nocivité, une toxicité en tant que telle, des produits ou comportements qui sont l'objet de cette addiction. L'addiction est toxique en soi car elle conduit la personne à se négliger, à se nuire en faisant passer avant toute considération, l'acte qui lui permettra d'assouvir sa recherche de sensation. Ainsi, tout comportement addictif est *malfaisant* - addiction aux jeux d'argent comme aux boissons alcooliques - car il consomme le corps, il l'épuise et en cela se rapproche d'une maltraitance que la personne s'impose à elle-même.

Comment le Droit pourrait-il intervenir ? La réponse n'est pas simple car l'on se situe dans le cadre de l'exercice de la liberté individuelle, du rapport à son corps. Pourrait-on se placer sur le terrain de l'abus dans l'exercice de la liberté individuelle ou de l'abus dans l'exercice du droit de propriété que l'on a sur son corps ? Mais l'abus de droit notamment implique l'intention de nuire à un tiers, dans l'addiction cette intention n'existe pas car il n'y a pas de tiers. La personne addicte ne nuit qu'à elle-même. Le Droit se trouve alors démuni face à ce phénomène qui ne correspond en rien à ce qu'il a l'habitude de traiter : les textes sanctionnent les comportements portant atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui mais jamais de soi-même. La réaction du Droit semble alors conditionnée par la présence d'un tiers à protéger comme l'illustre la répression de l'ivresse publique[12] et non de l'ivresse privée…

Lorsqu'il n'y a pas d'altérité, que seule la personne addicte est concernée, le Droit paraît bien silencieux. Il sortira de son silence en se plaçant sur un autre terrain que celui *stricto sensu* des addictions, à savoir celui des troubles mentaux. La protection de la personne contre elle-même ainsi que celle de l'Ordre publique pourront être assurées par les règles applicables aux soins psychiatriques. Le Législateur compte tenu des enjeux de Sécurité publique notamment admet que

[12] Art. L3341-1 du Code de la Santé Publique.

ces soins puissent être réalisés sous la contrainte, sans le consentement du malade[13]. Là encore, il ne s'agit pas véritablement du traitement de l'addiction mais plutôt des conséquences psychiatriques du comportement addictif.

Nocivité et Asservissement constituent les caractéristiques attachées à la notion d'Addiction. L'absence d'altérité peut également expliquer s'agissant du volet « Asservissement » les difficultés que le Droit rencontre dans l'élaboration d'une réponse juridique à ce phénomène social (**II**).

II.- L'asservissement

L'addiction crée une dépendance, elle est synonyme d'asservissement. Le Droit va réagir à cette dépendance mais le plus souvent sa réaction est liée au souci d'assurer la protection non pas véritablement de la personne addicte mais de son entourage, de la Société. On en revient toujours à la nécessité d'une altérité, d'un autrui : l'intervention du Droit semble conditionnée par l'existence de ce tiers, de ce collectif qui apparaît en danger ou au minimum troublé par le comportement addictif de l'un de ses membres.

La dépendance que connait la personne addicte peut s'analyser en une mise en esclavage (A) qui heurte les principes fondamentaux du Droit (B).

A.- Une mise en esclavage

Le Droit ne présente pas de définition de l'addiction, pour essayer de cerner au plus près cette notion, il convient de se tourner vers son étymologie. Le terme est d'origine latine, il viendrait du verbe *addicere,* « dire à », qui a une définition particulière en Droit romain : « *adjuger la personne du débiteur au créancier pour qu'il en use comme de son esclave* »[14]. Le terme *addictus* désigne le débiteur insolvable qui a été adjugé à son créancier car incapable de payer ses dettes, le magistrat prononce en son encontre l'*addictio* – l'addiction, sa mise en servitude[15].

Le terme apparaît donc associé à la privation de liberté d'une personne qui initialement était libre et qui a été asservie : addiction rimerait ainsi avec esclavage.

[13] Voir Art. L3212-1 et suivants du Code de la Santé Publique.
[14] L.-M. QUICHERAT, *Dictionnaire Latin-Français,* L. Hachette et Cie, 1865, p. 20.
[15] Ch. GIRAUD, *Des Nexi ou De la condition des débiteurs chez les romains*, DIDOT Frères, 1847, pp. 93 et suivants.

Le Droit connaît et punit l'asservissement, la mise en esclavage mais et il convient de souligner que seule la mise en esclavage d'autrui est réprimée et non la mise en esclavage de soi-même. L'originalité de l'addiction est qu'elle repose sur le principe d'un asservissement initié par le comportement de la personne elle-même. Il n'y a pas de tiers qui en profiterait sauf à considérer que les fournisseurs ou les distributeurs de produits addictifs en seraient le « *bénéficiaire* »[16]. Sous cette réserve, le défaut d'altérité interdit l'application des textes du Code pénal qui répriment les atteintes à la liberté de la personne tels que l'article 224-1 A qui dispose dans son alinéa 1er : **« *La réduction en esclavage est le fait d'exercer à l'encontre d'une personne l'un des attributs du droit de propriété* »**.

L'addiction rend esclave d'une sensation que l'individu cherche à revivre sans cesse, de façon obsessionnelle et qui l'installe dans un processus d'aliénation. La personne n'est plus elle-même, elle n'est plus à elle comme s'il y avait eu un transfert de propriété, ce qui explique la soumission et la dépendance attachées à la notion d'addiction.

En réalité, l'addiction constitue l'ultime étape de ce processus d'aliénation puisqu'on distingue bien l'usage, l'abus et la dépendance. Où placer l'intervention du Droit ?

L'on comprend mieux la logique du Législateur qui dans un premier temps crée les conditions pour que le premier fait d'usage soit rendu difficile ou soit retardé afin que le processus ne s'enclenche pas : pénalisation de la consommation de stupéfiants ou interdiction de la vente de tabac ou d'alcool à un mineur. Mais cela ne concerne que certaines addictions et lorsque le comportement est tout ce qu'il y a de plus licite comme jouer à des jeux vidéo ou consulter son téléphone portable, il est impossible d'empêcher ces premiers pas vers l'addiction…

Une fois le premier fait d'usage réalisé, comment faire pour que le processus d'addiction ne se mette pas en place ? Si l'addiction est établie, comment la casser ? Toutes ces questions, le Droit se les pose et voudrait essayer d'y apporter une réponse. L'entreprise s'avère délicate car ce sont les modalités de l'exercice de la Liberté individuelle qui sont en jeu. Le traitement juridique du comportement addictif nous oblige à aller sur le terrain des Droits et Libertés fondamentaux et à nous tourner vers les « Grands textes » qui les proclament. Ainsi, l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dispose que : « ***La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits.***

[16] Monsieur le Sénateur François TRUCY n'avait-il pas intitulé son rapport « Les jeux de hasard et d'argent en France : l'Etat croupier, le Parlement croupion ? », *Rapport d'informations fait au nom de la Commission des Finances n°223* (2001-2002) - 13 février 2002, qui relève la position ambivalente des pouvoirs publics.

Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ». L'article 5 vient compléter le dispositif en précisant que : « ***La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas*** ».

C'est exactement sous cet angle que le Droit positif français traite la question des addictions : c'est avant tout une question d'Intérêt général et d'Ordre public. Ce n'est pas un problème de Droit privé, de Droit des personnes, matières marquées par le secret de la vie privée, le secret de l'intimité, domaines dans lesquels le Droit doit rester sur le pas de la porte.

Ainsi, la consommation de produits alcooliques et de tabac est certes encadrée notamment dans les lieux publics mais les modalités de la consommation de produits licites - quantité et fréquence - appartiennent au domaine privé et relèvent de l'appréciation souveraine de l'individu, présumé être un consommateur raisonnable.

Lorsque la consommation a fini par créer de l'addiction, la personne addicte se présente comme esclave d'une expérience obsédante qui rythme désormais son existence. Cette situation dans laquelle elle se maintient, peut heurter les principes fondamentaux du Droit (B).

B.- L'atteinte aux principes fondamentaux du Droit

Dans la recherche d'outils juridiques permettant au Droit d'intervenir en matière d'addiction, l'atteinte aux principes fondamentaux du Droit que constitue la situation d'asservissement vécue par la personne addicte, pourrait être une piste.

La personne addicte ne devient pas l'esclave de quelqu'un d'autre mais celui d'une chose, d'une sensation, d'une expérience qui doit être sans cesse revécue : cette réalité est aberrante pour le Droit qui n'a pas de mots pour la décrire. Ce comportement ébranle les bases de l'ordonnancement juridique, établies à partir de la *Summa Divisio*[17], la distinction entre les personnes et les choses. L'addiction en constituerait une atteinte frontale. En effet, le comportement addictif montre un individu qui semble tourner le dos à sa condition de personne en se plaçant dans la position d'un objet passif, subissant et non plus dans celle d'un sujet, acteur.

Le Droit ne peut pas rester sans réaction : on peut se négliger, se nuire, se maltraiter, mais l'on ne saurait renoncer à être une personne.

[17] Distinction qui se retrouve dans les *Institutes* de Gaius (IIème siècle).

Ce phénomène de réification n'est pas admissible : c'est une atteinte à la Dignité humaine.

Le principe de sauvegarde de la Dignité humaine a valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel rendue le 27 juillet 1994[18]. Le système juridique en assure le respect et cela se manifeste notamment par la stricte étanchéité entre la catégorie des personnes et celle des choses. Le comportement addictif met à mal cette *Summa Divisio* en ce qu'il conduit à une remise en cause de l'appartenance de l'individu à la catégorie des personnes. Le Droit ne saurait le tolérer comme l'illustre le fameux arrêt du Conseil d'Etat du 27 octobre 1995[19] dans l'affaire dite des lancers de nains. Le respect de la Dignité humaine, composante de l'Ordre public s'impose aux individus presque malgré eux : on ne peut pas renoncer à sa condition d'être humain, le consentement de la personne souhaitant être traitée comme une chose n'est pas opposable au système juridique.

La notion d'addiction aurait-elle trouvé sa limite avec ce principe du respect de la Dignité humaine ?

La Dignité humaine constitue une référence dès lors qu'il convient d'établir des limites à l'exercice de la liberté individuelle. L'utilisation du principe de son respect continuerait de placer le traitement juridique de l'addiction sur le terrain du maintien de l'Ordre public et de l'Intérêt général comme c'est le réflexe actuellement ; l'appréhension du phénomène ne serait pas « révolutionnée ». Toutefois, le recours à la Dignité humaine pourrait se révéler être une fausse bonne idée car au lieu de faciliter le traitement juridique des addictions, cela pourrait brouiller le message que le Droit veut faire passer. Invoquer cette notion n'a jamais été envisagé, sans doute pour ne pas positionner le débat sous l'angle de la morale car la référence à la Dignité humaine peut rencontrer cet écueil. Il convient de construire un discours juridique sur la question des addictions qui ne cède pas à une approche morale voire moralisante du phénomène : c'est toute la difficulté et le pari que le Droit n'a pour l'instant pas encore relevés.

Notre Droit positif intervient soit de façon préventive pour éviter le premier acte de consommation soit à partir du moment où le comportement de la personne addicte porte atteinte à l'Ordre public et ce moment-là diffère d'une addiction à l'autre. Autrement, la liberté individuelle laisse à la personne le soin de gérer les modalités de sa consommation qui devraient être marquées par un principe que le système juridique fait sien : *Virtus in medio stat* ou « La vertu est éloignée des extrêmes ».

---

[18] Cons. const., 27 juillet 1994, *D*. 1995. 237, note MATHIEU ; B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D*. 1995. 205.

[19] CE, Ass., 27 octobre 1995, *D*. 1996. 177, note LEBRETON ; *JCP* 1996. II. 22630, note F. HAMON ; *RFDA* 1995. 1204, concl. FRYDMAN ; *LPA* 24 janvier 1996, note ROUAULT.

En Droit, on est tous présumés être de bonne foi et on est tous présumés être des consommateurs raisonnables…

L'appréhension juridique des addictions. Le choix législatif national

Cathy POMART

MCF HDR en droit privé et sciences criminelles

Centre de Recherche Juridique (EA n°14) Université de La Réunion.

La personne sous l'emprise d'addictions, coupable ou victime ?

Voici présenté en quelques mots le questionnement qui a été au cœur de la préparation de cette intervention. La tâche s'avère ardue dès lors qu'il s'agit de démontrer que notre droit considère encore souvent (trop souvent ?) cette personne comme un coupable. Nous avons conscience – ce faisant – de ne pas répondre aux attentes de nombreux professionnels prenant en charge les addictions qui appellent de leurs vœux un véritable changement de paradigme en même temps qu'un changement de législation pour prendre enfin le contrepied de la loi n°70-1320 du 31 décembre 1970. Mais il convient de ne pas s'y tromper : il ne s'agit pas de présenter une position personnelle sur le sujet. Cette contribution offre l'occasion de faire un point sur le droit positif français, de présenter une mise en perspective dont nous pourrons ensuite discuter la nécessaire évolution.

Quel est donc l'état du droit positif en matière d'addictions ? Cette intervention sera centrée sur le droit pénal et envisagera la personne sous l'emprise d'addictions davantage comme un coupable, en tous cas, comme l'auteur d'une infraction. D'autres intervenants se pencheront plus en amont sur la question de la prévention, des soins et de la réduction des risques. Il est en effet indiscutable que le droit mobilise de nombreux outils préventifs, répressifs et de soins[1]. Il tente de mieux intégrer le volet de la prise en charge et du traitement notamment depuis la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 qui a diversifié les mesures sanitaires susceptibles d'être envisagées. Par ailleurs, Maître Olivier abordera, dans le prolongement de mon intervention, la personne sous l'emprise d'addictions davantage comme une victime. Il m'est dès lors possible de focaliser mon propos sur le volet énoncé.

Lorsque que l'on entreprend une recherche sur l'appréhension juridique des addictions par le droit pénal français, la déception gagne cependant rapidement. Le droit pénal français s'intéresse – comme nous tenterons de le démontrer – à la

[1] Voir O. SAUTEL, « Réflexions sur les politiques publiques en matière de lutte contre les addictions : Analyse juridique au regard du droit pénal », *Arch. politique criminelle* 2009/1 (n°31), pp. 25-41.

consommation et au trafic de certaines substances ou aux états d'emprise, pas à l'addiction en tant que telle. Or l'addiction n'est pas la consommation ni l'emprise. La mobilisation de la circonstance de récidive pour prendre en considération l'addiction peut sembler nettement insuffisante. Il paraît important de (re)penser la répression des conduites addictives et de (re)penser une répression davantage par rapport au comportement – répété et dangereux pour autrui ou pas – plutôt que par rapport à la substance.

Par ailleurs, l'approfondissement de la réflexion sur la répression pénale des consommations et/ou trafics permet de faire émerger un « malaise » du droit pénal français. En témoigne notamment le traitement différencié des consommations du côté législatif. Le droit retient une approche différenciée selon de la substance : les stupéfiants substances illicites (répression de l'usage et du trafic de stupéfiants) *versus* l'alcool et le tabac dont l'usage et la consommation sont tolérés mais encadrés. On saisit alors tout l'enjeu autour de la définition du stupéfiant. S'agissant des états d'emprise et donc des consommations « déraisonnables » de substances, le droit français semble tâtonner pour choisir la juste répression – atténuation de responsabilité / de peine ou, au contraire, aggravation – : les magistrats ont un rôle capital à jouer en la matière.

Nous envisagerons successivement la répression variable de la consommation et/ou du trafic de substances (*ou quand la consommation ou le trafic constitue une infraction en soi*) (I) puis la répression de l'infraction commise sous l'influence d'une substance (*ou quand la consommation entoure la commission d'une autre infraction*) (II).

I.- Répression variable de la consommation et/ou du trafic de substances

L'analyse de la réaction du droit français face à la consommation et/ou au trafic des substances que sont le tabac, l'alcool ou les stupéfiants conduit au constat d'une répression « à la carte », fruit d'un raisonnement par rapport aux substances consommées ou trafiquées (A). La piste d'une harmonisation *via* l'idée de risque causé à autrui pourrait cependant être explorée (B).

A.- Le constat d'une répression éclatée

Deux paramètres importants semblent devoir être pris en considération pour expliquer cet état du droit : l'influence des lobbies d'une part et l'intéressement de l'Etat d'autre part. Le juriste conjugue les addictions au pluriel. Toutes les substances ne sont pas abordées sur un pied d'égalité[2]. L'intervention du droit est donc ponctuelle et tend à réprimer certains comportements déterminés.

La répression en matière de produits du tabac peut être qualifiée de marginale même si elle a pu se préciser avec le temps notamment à la faveur de la loi n°76-616 du 9 juillet 1976 (dite loi Veil), de la loi n°91-32 du 10 janvier 1991 (dite loi Evin) et du décret n°2006-1386 du 15 novembre 2006. Notre droit porte l'interdiction de fumer dans certains lieux, l'interdiction de vente ou d'offrir gratuitement, dans les débits de tabac et tous les commerces ou lieux publics, à des mineurs de moins de 18 ans des produits du tabac définis à l'article L. 3512-2 du Code de la santé publique[3], l'interdiction de la publicité illicite en faveur du tabac et prévoit, dans le contexte de la relation de travail, la sanction des éventuels manquement de l'employeur à ses obligations notamment en matière de respect des règles d'hygiène et de sécurité.

S'agissant à présent de la répression en matière d'alcool, cette dernière semble ciblée sur des comportements d'excessifs présentant un danger potentiel pour autrui ou des démarches d'incitation à la consommation à l'égard des mineurs. Il s'agit notamment de sanctionner l'ivresse publique (Art. R. 3353-1 s. CSP)[4] la conduite en état d'ivresse ou encore la conduite sous l'empire d'un état alcoolique (Art. L 234-1, -2 et -9 et R 234-2 du Code de la route)[5], la provocation

---

[2] Voir O. SAUTEL, *op.cit.* : « *le droit pénal ne peut pas réprimer toutes les addictions. Son intervention ne peut être que ponctuelle, pour sanctionner certains comportements* ».

[3] Elargissement de l'interdiction aux produits du vapotage (Art. L. 3513-5 CSP).

[4] La protection est accrue s'agissant des mineurs (Art. R 3353-7 s. CSP).

[5] La différence entre état d'ivresse et état alcoolique tient à la constatation de l'agent dans le premier cas *versus* une mesure précise dans le second. Pour l'état alcoolique, la mesure doit dépasser de 0,5 g/l de sang (ou 0,25 mg/l d'air expiré). Précisons que la conduite sous l'empire de l'alcool est prévue par l'article L. 234-1 du Code de la route. L'état alcoolique est caractérisé par la présence d'un taux d'alcoolémie dans le sang ou dans l'air expiré supérieur au taux légal fixé. Selon l'importance de ce taux, le conducteur d'un véhicule commet un délit ou une simple contravention : Le délit est ainsi constitué lorsque le taux est caractérisé par une concentration d'alcool dans le sang égale ou supérieure à 0,80 g/l ou par une concentration d'alcool dans l'air expiré égale ou supérieure à 0,40 mg/l (Art. L. 234-1, I du Code de la route). La contravention est constituée lorsque la concentration d'alcool dans le sang est égale ou supérieure à 0,50 g/l ou se caractérise, dans l'air expiré, par un taux égal ou supérieur à 0,25 mg, sans atteindre les seuils fixés à l'article L. 234-1.

d'un mineur (Art. 227-19 Cpén.) ou encore l'interdiction de la vente d'alcool dans certains lieux par la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 (*dite loi Bachelot*)[6].

S'agissant enfin de la répression en matière de stupéfiants, la répression peut être qualifiée de générale. Il s'agit non seulement de réprimer l'achat, la vente, l'emploi, l'usage en société de stupéfiants (Art. L 3421-1 s. CSP) mais également de sanctionner le trafic, le blanchiment et la provocation des mineurs à l'usage ou au trafic (Art. 222-34 à 222-41, 227-18 et 227-18-1 Cpén. et Art. 414 et 415 Code des douanes). La richesse et la diversité des qualifications en la matière – qu'elles soient délictuelles ou criminelles – a d'ailleurs pour conséquence que certaines peuvent se recouper entraînant des concours de qualifications. En outre, la question de l'usage constitue une question sensible qui n'est pas réglée à l'identique par les droits nationaux (pas même au niveau européen). Le choix original du droit français – celui de la répression – est encore fréquemment au cœur d'interrogations. Sur ce point, il peut sembler intéressant de souligner la réflexion qui se développe autour de la contraventionnalisation de l'usage de stupéfiants. Si la contraventionnalisation semble synonyme d'une pénalisation moindre, la répression – ici, une amende forfaitaire – pourrait être plus systématique. La transformation du délit d'usage illicite de stupéfiant en contravention n'implique pas nécessairement une atténuation de la sévérité de la réponse pénale du droit français en matière de consommation de cannabis[7].

Face au constat de l'éclatement de la répression, ne conviendrait-il pas de modifier cet état du droit et de réprimer l'usager occasionnel de toute substance de manière vraiment différente de la personne ayant une conduite addictive … voire de ne pas le réprimer dès lors que la consommation s'effectue dans un cadre privé et sans risque pour autrui ?

B.- La piste d'une harmonisation de la répression *via* l'idée de risque causé à autrui

Avant même le Code pénal de 1994, le législateur avait institué des infractions sanctionnant en elles-mêmes certains comportements dangereux n'ayant pas encore causé de dommage. Il s'agit d'infractions purement formelles (*on songe par exemple au délit de conduite en état d'ivresse ou sous l'empire d'un état alcoolique*). Le nombre d'imprudences allant croissant, ces délits obstacles ont semblé insuffisants. Le Code pénal de 1994 a donc créé un nouveau délit obstacle plus général en incriminant un comportement délibérément dangereux

[6] On notera la disparition de la tolérance réunionnaise s'agissant de la vente d'alcool dans les stations-services à la faveur de l'arrêté préfectoral 23 avril 2014.

[7] Voir par exemple R. COLSON, « L'usage de stupéfiants : l'hypothèse de la contraventionnalisation », *D.*, 2017, p. 2170.

afin d'éviter la réalisation d'une infraction plus grave[8]. L'infraction de risque délibéré causé à autrui est réprimée en l'absence de conséquence dommageable. Il s'agit d'une infraction de comportement, encore appelée infraction de moyens, qui réprime une imprévoyance consciente en ce sens que l'agent n'a pas voulu les conséquences dommageables de son acte mais il les a envisagées et il a quand même agi en espérant qu'elles ne se produisent pas.

Le législateur a – semble-t-il – balisé la répression en cumulant les conditions indispensables au déclenchement de l'article 223-1 du Code pénal. Il faut tout d'abord procéder à la caractérisation matérielle des faits (établir la nature du risque : un risque pour autrui de mort ou de blessures irréversibles **et** prouver un lien de causalité : une exposition directe d'autrui à un risque immédiat). Il faut ensuite procéder à la caractérisation morale des faits : d'une part, cette infraction a nécessairement pour support l'existence préalable d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement ; d'autre part, il faut que l'agent ait violé de façon manifestement délibérée cette obligation mise à sa charge (adverbe des plus curieux). A la vérité, les contours de cette infraction demeurent flous et reposent sur l'estimation d'un résultat virtuel. L'abondance des adjectifs et adverbes ne permet pas d'éclairer cette définition. Seule la jurisprudence permet de mieux cerner cette infraction.

Cette qualification serait-elle un possible palliatif permettant de réprimer – d'une manière harmonisée – les comportements addictifs, ou même simplement de consommation de substances, exposant autrui à des risques (ceci permettrait en parallèle d'envisager la dépénalisation de la consommation dans un cadre privé, sans conséquence ni éventuel risque pour autrui). Précisons en effet que la qualification de risque délibéré permet de réprimer les risques causés à autrui mais pas le risque causé à soi-même. A la vérité, la qualification de l'article 223-1 du Code pénal s'avère – en l'état – inadaptée pour réprimer tout comportement addictif ou de consommation dans ses conséquences ou ses risques à l'égard d'autrui dès lors qu'elle comporte une exigence difficile à satisfaire. Il faut en effet une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi/le règlement, obligation qui n'existe pas toujours. La piste soulevée nous semble cependant intéressante à explorer. Cette idée d'exposition d'autrui à un risque pourrait – si elle faisait son chemin en législation – permettre de restaurer un peu de cohérence dans la répression de la consommation d'une substance, quelle qu'elle soit et s'intéressant avant tout à la substance.

[8] Art. 223-1 Cpén. : « *Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

II.- Répression accentuée de l'infraction commise sous l'influence d'une substance

Pour engager la responsabilité pénale d'un individu, les faits qui lui sont reprochés doivent être objectivement constitutifs d'une infraction mais il faut également constater la culpabilité de l'auteur et pouvoir lui imputer les faits. Réfléchir sur l'imputabilité invite à poser la question de l'aptitude de l'auteur à répondre pénalement des conséquences de son comportement.

C'est sur ce point précis que peut intervenir le fait d'être sous l'emprise d'une substance au moment où l'on commet des faits répréhensibles. Cette emprise est parfois invoquée pour tenter d'établir son impact sur le discernement exigé pour pouvoir imputer une infraction pénale et tenter de supprimer la responsabilité pénale ou de réduire le *quantum* de la peine applicable à l'auteur. Le bilan est cependant décevant, même s'il est incertain, du côté des causes d'irresponsabilité pénale (A). Le droit français préfère voir dans ces situations d'emprise des hypothèses rendant nécessaire l'aggravation de la responsabilité pénale encourue (B).

A.- La déception quant au jeu des causes d'irresponsabilité pénale

Il convient ici d'éclairer la question de l'état d'emprise de substance. S'agit-il d'une cause d'aggravation de la responsabilité pénale ? S'agit-il d'une cause d'exonération / atténuation de la responsabilité pénale ? Trois causes d'irresponsabilité ont pu être invoquées par les auteurs d'infractions sous l'emprise de substances : la contrainte pénale d'une part (1), les troubles psychiques et neuropsychiques ensuite (2), l'état de nécessité enfin (3).

1 – Le rejet du jeu de la contrainte comme cause d'irresponsabilité pénale

En application de l'article 122-2 du Code pénal, l'événement qui a contraint l'agent à commettre l'infraction doit avoir été irrésistible et imprévisible pour être exonératoire de responsabilité pénale. S'il était prévisible, l'agent est alors en faute de ne pas l'avoir évité. Cette condition n'est pas exigée textuellement par l'article 122-2 mais est posée par la jurisprudence. Les juges considèrent que l'imprévisibilité est liée à la condition d'irrésistibilité : un événement prévisible ne peut pas être irrésistible. On peut synthétiser ainsi la jurisprudence : à chaque fois que l'agent a commis une faute antérieure à l'événement contraignant et qui

a rendu celui-ci prévisible, il ne peut pas se prévaloir de la contrainte. L'affaire la plus célèbre illustrant cette jurisprudence est l'affaire Trémintin[9]. Il existe d'autres exemples dans lesquels la contrainte a été rejetée en raison de la commission par l'agent d'une faute antérieure[10].

Cette jurisprudence exigeant une absence de faute antérieure fait l'objet de critiques à un double titre. Certaines tiennent au fait que c'est au moment de la commission de l'infraction que le juge doit apprécier les caractères de l'événement contraignant. Or, par définition même, la faute antérieure est une faute commise par l'agent avant l'arrivée de l'événement contraignant. Elle devrait donc être indifférente. D'autres critiques considèrent que condamner l'agent sur la base d'une faute antérieure revient à le condamner alors que l'élément moral de l'infraction (intention requise) n'est pas constitué. La faute antérieure rend prévisible l'événement contraignant. On reproche à l'agent qui a commis une faute antérieure de ne pas avoir prévu les conséquences de son acte. Or, quand le juge reproche à l'agent de ne pas avoir prévu les conséquences dommageables de son acte, il lui reproche une faute d'imprudence.

D'où des effets pervers qui apparaissent dans chacune des trois hypothèses. Lorsque l'agent est poursuivi sur le fondement d'une infraction intentionnelle, le condamner sur la base d'une faute antérieure revient à le condamner sur la seule base d'une faute d'imprudence – et le juge transforme ainsi l'infraction reprochée, par hypothèse intentionnelle, en infraction d'imprudence (ex : désertion). Lorsque l'agent est poursuivi sur le fondement d'une infraction d'imprudence (ex. homicide ou blessures par imprudence), pour pouvoir condamner l'agent, le juge doit donc établir l'existence d'une faute d'imprudence qui aurait causé le dommage (blessures ou mort de la victime) ; or, par hypothèse, l'agent a commis une faute antérieure ; on peut alors dire que la faute antérieure révèle la faute d'imprudence constitutive de l'infraction reprochée. La preuve est facilitée mais cela est discutable : parle-t-on réellement de la même imprudence ? Enfin, lorsque l'agent est poursuivi sur le fondement d'une infraction contraventionnelle, le fait pour le juge de condamner l'agent sur la base d'une faute antérieure réintroduit un débat sur la bonne foi de l'agent ; or la bonne foi est en principe indifférente en matière contraventionnelle (les contraventions se résumant à leur matérialité).

---

[9] Crim., 29 janvier 1921, *S.*, 1922, 1, 185, note ROUX : M. Trémintin, matelot de son état, profite d'une permission pour se saouler. Il est arrêté pour ivresse publique et il est retenu au poste de police. De ce fait, il rate l'embarquement de son bateau. M. Trémintin est alors poursuivi pour désertion. Il invoque devant les juges la contrainte : c'est parce qu'il a été retenu contre sa volonté au poste de police qu'il a raté l'embarquement de son navire (cas de contrainte physique externe). Selon la Cour de cassation, M. Trémintin ne peut pas se prévaloir de la contrainte car il s'est lui-même mis dans la situation d'être arrêté en se saoulant ; il a commis une faute antérieure (se saouler) qui a rendu l'événement prévisible.

[10] Voir par exemple Crim., 30 juin 1981, Bull. n°223.

2 – L'incertitude concernant le jeu des troubles psychiques ou neuropsychiques

L'article 122-1 du Code pénal qui vise les troubles psychiques et neuropsychiques (réformé à plusieurs reprises notamment par la loi n°2008-174 du 25 février 2008 et la loi n°2014-896 du 15 août 2014) propose un régime à deux vitesses face à de tels troubles : si le premier alinéa évoque les troubles ayant aboli le discernement ou le contrôle des actes en retenant une irresponsabilité pénale, le second alinéa consacré à l'altération du discernement et du contrôle des actes prévoit quant à lui que les actes demeurent punissables.

La formulation du Code pénal est généreuse de sorte que la nature et l'origine du trouble sont indifférentes : le Code pénal utilise l'expression « *trouble psychique ou neuropsychique* » qui englobe toutes les formes de troubles mentaux, quelle que soit leur nature (maladie mentale, défaut de développement des facultés mentales etc.) ou leur origine (lésion congénitale ou accidentelle ou, pour ce qui nous intéresse plus spécifiquement, l'absorption de certaines substances) à partir du moment où ledit trouble existait au moment des faits.

Le problème des infractions commises sous l'empire de l'alcool ou de la drogue, dans le cas où l'absorption est volontaire, est à la vérité assez complexe.

L'alcool et la drogue peuvent incontestablement provoquer des troubles relevant de l'alinéa 1 de l'article 122-1. Mais cela permet-il de retenir l'irresponsabilité pénale de l'agent lorsqu'il s'est volontairement intoxiqué ? L'étude de la jurisprudence conduit à distinguer deux hypothèses. Lorsque l'agent est poursuivi du chef d'infraction non intentionnelle (comme par ex., des blessures ou un homicide par imprudence), sa responsabilité est pleine et entière. En absorbant volontairement de l'alcool ou de la drogue, l'agent a eu une attitude imprudente d'où le maintien de sa responsabilité. En revanche, lorsque l'agent est poursuivi du chef d'infractions intentionnelles, les choses sont plus délicates. La Cour de cassation a prudemment décidé que cette question était une question de fait relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. En principe, on devrait décider que l'agent est irresponsable car aucune intention ne peut être démontrée mais certaines juridictions recourent à la notion de dol éventuel ainsi qu'à celle de faute antérieure (l'agent avait conscience des risques) et considèrent que l'intention est caractérisée ce qui est critiquable dès lors que le risque pris ne devrait pas être assimilable à une intention[11].

L'absorption de substances (drogue, alcool, médicaments) peut – si ce n'est abolir le discernement – à tout le moins l'altérer ce qui nous conduit à un raisonnement autour de l'alinéa 2 de l'article 122-1 du Code pénal. Ce texte a été reformé à plusieurs reprises, signe de la difficulté pour le législateur à trouver une

[11] Crim., 29 janvier 1921, préc. Affaire Trémintin.

solution satisfaisante en la matière. Avant la réforme de 1994, l'individu souffrant de troubles n'ayant qu'altéré son discernement ou le contrôle de ses actes, pouvait voir sa responsabilité pénale atténuée[12]. Ce n'était pas une obligation pour le juge : il accordait ou non les circonstances atténuantes suivant la dangerosité de l'agent. Le système instauré par la réforme de 1994 était légèrement différent. Le texte ne prévoyait pas une atténuation de la responsabilité ou de la peine mais indiquait que la juridiction tenait compte de cette circonstance dans la détermination de la sanction et son exécution, sans davantage de précision. Le juge devait donc adapter la peine encourue et son régime, que ce soit dans le sens d'une atténuation ou d'une aggravation[13]. La loi n°2014-896 du 15 août 2014 a modifié notre droit en prévoyant que l'altération du discernement doit conduire à une diminution du *quantum* de la peine encourue sauf motivation exceptionnelle[14]. Sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 122-1 du Code pénal, il semblerait donc qu'une altération du discernement ou du contrôle des actes ne puisse qu'alléger la peine encourue par l'auteur ce qui peut sembler dommageable dans l'hypothèse d'une absorption volontaire de substances et donc d'une prise de risque délibérée. Souhaitons là encore que la faute antérieure intervienne (même si c'est au mépris d'une certaine rigueur au plan des principes du droit pénal[15]).

3 – Le rejet de l'état de nécessité comme cause d'irresponsabilité pénale

La jurisprudence est exigeante quant à l'admission de l'état de nécessité. Elle entend par « *acte nécessaire* » – exigence prévue à l'article 122-7 du Code pénal[16] – que l'acte accompli ait été la seule alternative. Ceci conduit – par principe – à un rejet de l'état de nécessité lorsqu'il est invoqué en matière de consommation de stupéfiants – les juges distinguant bien l'appétence pour une substance et de l'absolue nécessité de la consommer notamment dans l'hypothèse de souffrances physiques difficilement supportables[17]. Seuls des cas extrêmes et

[12] Circulaire du 20 décembre 1905 dite circulaire Chaumié.

[13] Aggravation du *quantum* de la peine grâce aux circonstances aggravantes cf. *infra et* aggravation du régime de la peine par la période de sûreté perpétuelle instaurée par la loi du 1er février 1994 ou le suivi socio-judiciaire instauré par la loi du 17 juin 1998.

[14] « (…) *Si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans. La juridiction peut toutefois, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine. Lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état* ».

[15] Voir à ce propos les critiques doctrinales rappelées en II.-, A.-, 1/.

[16] Art. 122-7 Cpén. : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ».

[17] Voir Crim., 16 décembre 2015, pourvoi n°14-86860 : « *Attendu que, pour infirmer le jugement entrepris, la cour d'appel (CA Nîmes 9 sept 2014) énonce que si la maladie dont*

exceptionnels peuvent satisfaire à l'exigence de nécessité et justifier le jeu de l'état de nécessité pour neutraliser une poursuite et une condamnation pénales[18].

Au-delà de ces trois causes d'irresponsabilité pénale générales que les justiciables sont tentés d'invoquer – avec peu de succès, nous l'avons vu – au soutien d'une relaxe, la jurisprudence semble également hostile à l'admission d'une cause d'irresponsabilité pénale qui serait spécifiquement liée à la consommation d'alcool et/ou de stupéfiant comme en témoignent de récentes affaires[19] sauf peut-être dans des cas limites[20]. La tendance n'est donc pas à l'atténuation de responsabilité pénale ou l'exemption de responsabilité pénale du fait de la consommation de substances, bien au contraire.

B.- Les mécanismes d'aggravation de la répression

L'aggravation de la répression liée à la consommation de substances peut passer par le déclenchement de circonstances aggravantes pesant sur l'auteur (1) mais elle peut également résider dans la mise en jeu de la théorie de la complicité pour engager la responsabilité d'un tiers (2).

1 – Le jeu de circonstances aggravantes

La cohérence n'est pas toujours présente dans les choix législatifs. Toutes les infractions ne se voient pas appliquer les mêmes circonstances aggravantes. En effet, en parallèle de la circonstance aggravante générale de risque délibéré

---

souffre M. X... n'est pas contestable, il existe, contrairement à ce qu'il allègue, des traitements médicaux adaptés, dont l'oxygénothérapie, et que le prévenu ayant convenu que ce traitement était efficace mais trop contraignant, ce n'est pas l'état de nécessité qui l'a conduit à persévérer dans la consommation et la détention de cannabis, qu'il reconnaît totalement, mais sa seule appétence pour ce stupéfiant ».

[18] Voir CA Papeete, ch corr. 27 juin 2002, RG n°07/00127, *Dr. Pénal* 2003, comm. 1, note M. VERON : l'homme paraplégique faisant pousser du cannabis pour se faire des tisanes pour soulager ses douleurs (les médicaments lui abîmant les reins) a pu invoquer l'état de nécessité.

[19] Voir par exemple Crim. 21 juin 2017, pourvoi n°16-84158, *Gaz Pal. act. jurid.* 18 juillet 2017, *D.* act. 17 juillet 2017, D. GOETZ : Engagement de la responsabilité pénale de l'auteur, client d'un hôtel qui s'était livré à un acte d'exhibition sexuelle devant un employé de l'hôtel. Refus du jeu d'une cause d'irresponsabilité pénale. La Cour d'appel de Bastia a jugé le prévenu coupable malgré son taux élevé d'imprégnation alcoolique. Cette décision est confirmée par la Cour de cassation. L'ivresse n'est pas une cause d'irresponsabilité pénale.

[20] Affaire dite Dumont. M Dumont, calaisien, a été mis en examen pour le meurtre de M. Dufossé, le 22 décembre 2006 après s'être introduit dans un appartement qu'il croyait être le sien (Chambre d'instruction de Douai – 2 déc. 2010). Sa consommation d'alcool, au moment des faits, pourrait avoir aboli son discernement. Mis en examen pour coups et blessures ayant entraîné la mort. Expertises. Abolition du discernement en raison d'une consommation excessive d'alcool mais attention cas d'ivresse pathologique (hypersensibilité à l'alcool aux circonstances cliniques rares : une amnésie).

prévue de façon relativement systématique pour de nombreuses infractions, il est des circonstances aggravantes autonomes et spécifiques liées à la consommation d'alcool ou de stupéfiant. En la matière, il convient de distinguer les infractions intentionnelles des infractions non-intentionnelles.

S'agissant des infractions intentionnelles, le jeu des circonstances aggravantes est indépendant du fait d'être conducteur d'un véhicule terrestre à moteur[21]. Sont susceptibles d'être aggravés par un état d'ivresse manifeste ou une emprise manifeste de produits stupéfiants, les violences volontaires[22], le viol[23], les agressions sexuelles autres que le viol[24] ainsi que les atteintes sexuelles sur mineur de 15 ans[25]. Il est possible de regretter à ce propos que les violences criminelles ne prévoient pas la consommation de produits stupéfiants ou l'ivresse manifeste comme circonstance aggravante[26].

S'agissant à présent des infractions non intentionnelles, le droit français exige une double circonstance aggravante : le fait d'être « *conducteur d'un véhicule terrestre à moteur* » et « *conducteur en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise d'un état alcoolique caractérisé par une concentration d'alcool dans le sang ou dans l'air expiré égale ou supérieure aux taux fixés* » ou « *conducteur sous l'emprise de stupéfiants* ». En d'autres termes, en dehors du contexte de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur, il n'y a pas d'aggravation possible. Sont susceptibles d'être aggravées par la conjugaison de ces deux facteurs, les qualifications d'homicide involontaire[27] et de violences involontaires[28].

La consommation de stupéfiant ou d'alcool qui crée un état d'emprise peut donc constituer une circonstance aggravante de certaines infractions.

2 – La mobilisation de la complicité

La répression ne s'arrête pas à celui qui consomme. Elle peut toucher le complice des faits en application des articles 121-6 et 121-7 du Code pénal[29].

---

[21] Voir loi n°2007-297 du 5 mars 2007.

[22] Art. 222-12 Cpén. pour une ITT > à 8 jours et Art. 222-13 Cpén. pour une ITT < ou = à 8 jours.

[23] Art. 222-24 Cpén.

[24] Art. 222-28 et -30 Cpén.

[25] Art. 227-26 Cpén.

[26] La circonstance aggravante ne s'applique donc pas en matière d'assassinat, de meurtre, de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, de tortures et d'actes de barbarie, etc.

[27] Art. 221-6-1 Cpén.

[28] Art. 222-20-1 Cpén. pour les IIT < ou = à 3 mois et Art. 222-19-1 Cpén. pour les IIT > à 3 mois.

[29] Art. 121-6 Cpén : « *Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7* ».
Art. 121-7 Cpén. : « *Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide*

Un risque de poursuites non négligeable existe pour les compagnons d'addictions ou de fête[30], de même que pour le soignant (comme par exemple le médecin qui ne respecte pas les règles de prescription, le pharmacien qui connaît le caractère falsifié de l'ordonnance présentée) ainsi que pour le tenancier d'un établissement / le cafetier. La loi punit les professionnels qui facilitent ou tolèrent un usage (ou un trafic) de stupéfiants par le biais de la complicité d'usage illicite de stupéfiants ou encore par le biais du délit autonome de facilitation de l'usage illicite de stupéfiants (Art. 222-37 al. 2 Cpén.)[31]. Les poursuites peuvent également s'effectuer sur le fondement de qualifications non-intentionnelles en considérant le compagnon de fête ou le professionnel comme un auteur indirect au sens de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal[32].

Cette possible répression des soignants sur le terrain de la complicité semble peu compatible avec les comportements attendus de ces praticiens dans une logique de politique de réduction des risques[33]. Sur ce point, les débats qui ont émaillé l'ouverture des salles de consommation de drogues à moindre risque et les interrogations nombreuses qui ont porté sur la responsabilité des professionnels de santé dans le cadre de ce dispositif sont révélateurs du malaise ambiant. Le texte prévoit notamment que les professionnels intervenant dans ces salles et qui agissent conformément à leur mission de supervision ne peuvent être poursuivis pour complicité d'usage illicite de stupéfiants et pour facilitation de

---

ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ».

[30] Voir Trib. correct. Montpellier 4 mars 2014 et CA de Montpellier, 5 février 2015 : condamnation pour avoir laissé un ami ivre conduire. Le conducteur avait mortellement fauché une jeune étudiante Mme LANDAIS (homicide involontaire aggravé par 6 circonstances aggravantes dont la consommation d'alcool (2,4 g/l de sang), la vitesse, la conduite sans permis, la conduite sans assurance et l'emprise de stupéfiants). Le compagnon de beuverie a été reconnu coupable de complicité d'homicide par imprudence (même si peine revue à la baisse en appel : 6 ans d'emprisonnement fermes pour le Trib. correct. et 18 mois avec sursis pour la cour d'appel). Pourvoi en cassation de la famille de la victime qui souhaitait la requalification du comportement en crime et du complice – rejet des pourvois : Crim. 22 juin 2016, pourvoi n°15-81725.

[31] Il est ici nécessaire de prouver une action concrète d'aide à l'usage pour poursuivre et condamner ce délit passible de 10 ans d'emprisonnement et de 7 500 000 euros d'amende.

[32] Crim. 12 janvier 2010, pourvoi n°09-81799 : commet une faute caractérisée caractérisant un homicide non-intentionnel celui qui incite à la consommation d'alcool et laisse la future victime d'un accident mortel prendre le volant de son véhicule en la sachant inapte à conduire ; Crim. 14 décembre 2010, pourvoi n°10-81189 : commet une faute caractérisée caractérisant un homicide non-intentionnel celui qui – cédant à l'insistance de la future victime – lui remet volontairement les clefs de son propre véhicule en la sachant sous l'empire d'un état alcoolique et non titulaire du permis de conduire.

[33] V. loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 dite loi santé.

l'usage illicite de stupéfiants[34]. L'inquiétude était donc légitime. Elle a été en partie apaisée dans ce cadre particulier (même si des débats existent sur la notion de « supervision », notion délicate à cerner et que les infractions justifiées restent limitativement envisagées)[35]. Cette inquiétude des professionnels de santé reste en tout état de cause d'une actualité brûlante pour les autres démarches et dispositifs de réduction des risques. Sans doute le droit français pourrait-il clarifier les outils qu'il entend mettre au service des politiques de santé publique qu'il adopte.

[34] Art. 43-9 de la loi santé + arrêté du 22 mars 2016 fixant le cahier des charges national des expérimentations de salles de consommation à moindre risque + circulaire du 13 juillet 2016 de politique pénale relative à l'ouverture des premières salles de consommation à moindre risque, espaces de réduction des risques à usage supervisé.

[35] Ladite circulaire précise que *« si les intervenants médico-sociaux supervisent les gestes de consommation, en aucun cas ils ne peuvent participer activement aux gestes de consommation. Les enquêtes diligentées le cas échéant devront permettre de s'assurer que les personnes physiques ont effectivement respecté le cadre de leurs missions telles que définies par la loi ».*

Table-ronde 1
Les pratiques pénales à La Réunion

Mathilde LECHAUVE
Commissaire de police, Direction départementale de la sécurité publique de La Réunion

Éric TUFFERY
Procureur de la République, Parquet de Saint-Denis de La Réunion

Patrice VERNET
Directeur régional des douanes à La Réunion

Pour le gouvernement français, la lutte contre les trafics en tous genres est une priorité dans la mesure où ces trafics alimentent une économie souterraine, un sentiment d'insécurité dans les quartiers et créent des tensions entre les trafiquants pour prendre le marché. A cet intérêt de sécurité publique s'ajoute un intérêt de santé publique. En effet, dans la lutte contre les trafics, il y a un impact sur la prévention : la limitation du trafic entraîne une limitation de la disponibilité des produits ce qui rend le commerce et la consommation plus difficiles.

Cette lutte entraîne les actions de divers services de l'Etat que sont la police, les douanes et les parquets.

Les infractions sur les produits stupéfiants sont de nature particulière car ce sont des infractions mixtes, réprimées à la fois par le Code pénal et par le Code des douanes. Cette particularité implique une articulation entre des procédures successives, procédures douanières et procédures de droit commun.

Comme l'ont précisé les différents intervenants, il existe diverses infractions liées aux stupéfiants :

- l'usage de stupéfiants qui se résume à avoir une consommation personnelle ;

- l'usage de stupéfiants accompagné de revente qui concerne une personne qui consomme mais qui, en plus, revend des stupéfiants, en règle générale non pas pour faire un bénéfice, mais pour financer à sa propre consommation ;

- le trafic de stupéfiants qui est une qualification retenue quand une personne vend, revend et tente de faire un bénéfice.

Les pratiques pénales, présentées tour à tour par chacun dans sa spécialité [police-douane-justice], semblent s'articuler autour de deux axes qui se succèdent. D'une part, les investigations, la recherche, la constatation des faits, des infractions sur les stupéfiants (I) ; d'autre part, la répression des infractions sur les stupéfiants (II).

I.- Investigations et constatation des infractions sur les stupéfiants

Les investigations et la constatation des infractions relèvent à la fois du domaine des services des douanes (A) et des services de police (B).

A.- Investigations et constatation par les services des douanes

1 – Les pouvoirs des services des douanes : de la théorie …

Instrument juridique plein de souplesse, le Code national des douanes donne des pouvoirs très étendus aux agents des douanes. L'article 60 octroie notamment un droit de visite des personnes, des marchandises et des moyens de transport pour la recherche de la fraude douanière.

Les termes « *pour la recherche de la fraude douanière* » sont importants car ils impliquent l'existence d'un pouvoir inquisitif qui n'existe pas pour la constatation d'autres infractions. Ils visent la détention de manière générique de produits stupéfiants. Ce sont les marchandises qualifiées de « *prohibées* » par le Code des douanes car ce sont des produits détenus par une personne sans titre ou sans autorisation[1].

Ces pouvoirs s'appliquent sur tout le territoire, terrestre ou maritime, et pas seulement aux frontières. Ils s'appliquent également à l'égard de tout vecteur possible, passagers et bagages, piétons et véhicules qui circulent sur la voie publique, navires de plaisance ou de commerce, colis postaux, etc. L'infraction peut être constatée jusqu'au domicile de l'infracteur.

[1] Lorsqu'une personne détient une ordonnance pour un traitement médical, les médicaments achetés sont des marchandises / produits car la personne a un titre mais si la personne détient les mêmes médicaments / produits sans ordonnance, ce sont des « *produits prohibés* » au sens de « sans autorisation ».

La détention de produits stupéfiants, dopants, psychotropes, etc… la détention de produits ou marchandises « *prohibés* » constitue un délit au sens de l'article 414 du Code des douanes avec pour conséquence possible une privation de liberté qui consiste en une retenue douanière, ce qu'en droit commun on appelle une garde à vue.

Au surplus, lors de la constatation des faits, les agents des douanes peuvent saisir les moyens qui ont servi au transport des marchandises dites « *prohibées* », tels les véhicules, les conteneurs, les bateaux, les avions, les marchandises de couverture ou autre.

2 – … aux constatations réalisées à La Réunion

Les douanes réunionnaises réalisent chaque année entre 350 et 500 constatations portant sur des produits stupéfiants avec des importances très inégales quant aux quantités saisies (*allant de 1 gramme à plusieurs kilos de produits*) et une grande disparité quant à la nature même des produits saisis.

Parmi les produits saisis, on distingue les produits dits « locaux » des produits « importés » de métropole ou de pays étrangers :

- au premier plan vient le « *zamal* » qui occupe une place particulière dans la mesure où il s'agit d'une drogue produite localement pour un usage personnel ;

- on constate cependant un nombre de plus de plus important de saisies de « *zamal* » reconditionné pour la vente, ce qui témoigne du passage du simple usage personnel à la revente ;

- l'attrait des consommateurs pour la culture de produits de variétés plus intenses, avec un taux de THC -Tétrahydrocannabinol- de plus en plus fort, a entraîné une augmentation « des importations » de résine de cannabis ;

- les saisies de médicaments détournés de leur usage, notamment l'Artane® et le Rivotril® sont en augmentation ;

- les saisies d'ecstasy sont en hausse ;

- l'attrait croissant pour la cocaïne fait que l'importation de ce produit est en progression : il n'est pas rare que les services de la douane en interceptent des quantités non négligeables, que ce soit sur des voyageurs de retour de l'étranger ou dans des colis postaux ;

- des saisies d'héroïne ont lieu : la drogue semble – pour l'instant – ne faire que transiter sur l'île pour être ensuite acheminée vers des pays de la zone ;

- enfin, la saisie de nombreux produits de synthèse, que l'on trouve dans les colis postaux sous forme de poudre ou de cristaux (produits de la famille des cathinones) ou encore sous forme de vrais produits alimentaires, est une tendance qui semble se confirmer.

La tendance générale semble être celle d'une augmentation non seulement du nombre de saisies mais également de la quantité saisie. Pour illustration, en ce « *qui concerne la lutte contre les trafics de stupéfiants, les résultats de 2016 sont inédits, avec notamment une saisie record de 42 kg d'héroïne au port de Sainte-Rose, au mois de novembre 2016, mais aussi des saisies d'Artane (15.000 cachets) et de Rivotril (4.000 cachets) à l'aéroport de Gillot* »[2].

B.- Investigations et constatation par les services de police

1 – Les pouvoirs des services de police : de la théorie…

Quand une procédure est ouverte les enquêteurs agissent sous l'autorité du procureur de la République ou du juge d'instruction. Les enquêteurs ont deux possibilités quand le trafiquant / l'auteur d'une infraction est identifié :

- Entendre la personne sous forme d'audition libre : la personne vient librement, d'elle-même, et repart librement, de sa propre volonté. La personne est éventuellement assistée par un avocat.

- Entendre la personne dans le cadre d'une garde à vue. Cette mesure prise par un officier de police judicaire est plus contraignante. La personne est interpellée, placée au commissariat sous contrainte, sans possibilité de partir librement. Ceci se fait toujours sous contrôle du procureur de la République. La garde à vue dure de 24 à 48 heures, pouvant parfois aller jusqu'à 96 heures en cas de trafic de stupéfiants. La personne a le droit notamment de voir un médecin, d'être assistée par un avocat et de ne pas répondre aux enquêteurs.

2 – … aux constatations réalisées à La Réunion

A La Réunion, les policiers sont particulièrement investis dans la lutte contre les trafics de stupéfiants.

Il faut noter que 90% des interventions de police ont lieu en cas d'alcoolisation des parties (alcoolisation de l'un voire des deux). Très régulièrement les services de police constatent que cette consommation d'alcool s'accompagne d'une consommation d'autres produits stupéfiants : il s'agit de

[2] Communiqué de la Direction des Douanes, Patrice Vernet, mars 2017.

personnes sous « *effet* », c'est-à-dire de personnes qui ont une poly-consommation.

En 2016, la Direction départementale de la sécurité publique réunionnaise a retenu 649 infractions relevées en matière de stupéfiants : 571 pour usage, 55 pour usage et revente, 18 pour trafic et 5 pour autre(s) infraction(s).

Ces chiffres sont supérieurs par rapport à la moyenne de départements comparables en termes de population sur la France entière. Les infractions liées aux stupéfiants ont donc une place importante à La Réunion.

Les produits en cause sont de nature diverse. Tout d'abord le « *zamal* » qui est une production locale. Ensuite, les autres produits sont des produits importés : cocaïne, héroïne, ecstasy, MDMA sous forme de cachets ou de cristaux, ICE. A cet égard, il faut constater une augmentation significative de l'arrivée des drogues de synthèse ainsi que des drogues dures telles que l'héroïne et la cocaïne dont la consommation s'étend sur l'île.

Les investigations, pour établir les trafics, sont très longues (entre 6 mois et 1 an d'enquête). Il faut établir la nébuleuse c'est-à-dire identifier la tête de réseau qui fait rentrer les produits puis déterminer qui « sont » les nourrices pour stocker les produits et descendre ainsi la chaîne jusqu'aux revendeurs. La tête de réseau ne vend pas elle-même. C'est un véritable système d'économie de marché : il y a une démultiplication du nombre de revendeurs pour toucher un maximum de clients afin que le réseau étende son domaine.

A La Réunion le trafiquant fait un bénéfice assez conséquent car les produits sont revendus très chers. Le bénéfice entre le prix de revente métropole et le prix de revente à La Réunion est exponentiel, un peu comme si on lui appliquait un « *octroi de mer* ».

II.- Répression des infractions sur les stupéfiants

Sur le plan législatif il existe plusieurs textes de répression des infractions liées aux stupéfiants (A). La répression des infractions à La Réunion offre des perspectives particulières (B).

A.- Les textes législatifs prévoyant la répression des infractions

Il existe des textes législatifs prévoyant une répression des infractions liées aux stupéfiants. Plusieurs dispositions prévoient une répression en matière douanière (1), dispositions qui s'articulent avec celles du droit commun (2).

1 – Les dispositions douanières

Le législateur a prévu l'exercice d'un droit de transaction douanière à l'article 350 du Code des douanes.

Pour les marchandises « *prohibées* », ce droit de transaction est organisé à travers des protocoles mis en place avec les parquets. C'est le procureur de la République qui détermine à partir de quel seuil il considère que l'affaire doit être portée devant les tribunaux ou peut donner lieu à transaction douanière.

- si la quantité saisie est inférieure au seuil prévu, la transaction est possible. La douane est autorisée à transiger sans avis préalable du parquet et ceci directement avec l'infracteur. Seule une information sur la transaction est faite auprès du parquet, *a posteriori*.

Cette transaction comporte le paiement d'une amende et l'abandon par l'infracteur des produits et marchandises saisies. C'est un accord, une sorte de contrat entre les douanes et l'auteur de l'infraction.

- si la quantité dépasse le seuil prévu, la douane doit se tourner vers le parquet :

  - soit la transaction reste possible car le parquet l'autorise ponctuellement : il y a amende et abandon des marchandises comme décrit précédemment ;

  - soit le parquet décide de poursuivre et demande la remise de l'infracteur et des marchandises à un service de police ou gendarmerie. C'est là où l'on articule les deux procédures, douanière et de droit commun.

La transaction est impossible pour les récidivistes ainsi que pour les mineurs.

Le législateur a prévu une action fiscale devant les tribunaux.

Lorsque l'affaire est considérée comme ayant une certaine gravité la douane peut se joindre à l'action publique avec le procureur de la République. La douane intervient pour demander l'application des sanctions prévues au Code des douanes.

Les sanctions prévues au Code des douanes sont des sanctions pécuniaires consistant en la confiscation des marchandises, en la confiscation des moyens qui ont servi au transport des marchandises prohibées et enfin en des pénalités basées sur un multiple de la valeur de revente des marchandises. En principe, les pénalités douanières sont basées sur un multiple de 1 à 2 de la valeur de revente des

marchandises. Toutefois, pour les marchandises qui portent atteinte à la santé dont les stupéfiants ou les délits en bande organisée, les pénalités douanières sont basées sur un multiple de 1 à 10. Les pénalités douanières en matière de stupéfiants peuvent ainsi parfois atteindre des sommes conséquentes[3].

2 – Les dispositions de droit commun

La répression du « simple usager » de stupéfiant est prévue à l'article L. 3421-1 du Code de la santé publique. Ce dernier dispose « *l'usage illicite de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants est puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende* ».

En l'état actuel du droit, sans distinction de produit et quelle que soit la quantité trouvée, la procédure judiciaire se fait, l'infraction est constituée avec une réponse pénale appropriée en fonction de la personnalité de l'auteur. Outre les peines prévues par le Code pénal, il y a une variation en fonction du type de produit et en fonction de la personnalité de l'auteur (primo délinquant ou récidiviste, majeur ou mineur). La prise de décision est faite par les services du procureur suivant une échelle très claire.

Le Code pénal fait une distinction entre les actes de trafic de petite échelle qui constituent des délits, et d'autres plus graves qui sont qualifiés de crime.

* L'offre ou la cession à une personne en vue de sa consommation personnelle, ce que l'on nomme généralement « revente » ou encore « petit trafic », est punie de 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende par l'article 222-39 alinéa 1er du Code pénal.

* Le « trafic de stupéfiants » est prévu notamment par l'article 222-37 du Code pénal qui réprime le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicites de stupéfiants par une peine de dix ans d'emprisonnement et de 7 500 000 euros d'amende.

* Le trafic international est quant à lui qualifié de crime par le Code pénal : diriger, organiser un groupement ayant pour objet la production, la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicites de stupéfiants est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 7 500 000 euros d'amende (Article 222-34 du Code pénal).

Outre les sanctions pénales qui peuvent être prononcées par les tribunaux, la confiscation des « *avoirs criminels* », c'est-à-dire des biens qui ont permis de mettre en place le trafic (maison, voiture, bateau, avion), est envisageable. Ces

[3] Par exemple 1 kilo de cocaïne conduit à une amende entre 40 000 et 400 000 euros.

sanctions sont beaucoup plus importantes que les sanctions pénales qui apparaissent parfois peu « *utiles* ».

B.- La répression des infractions à La Réunion

1er constat - En matière douanière, le principe du droit de transaction recouvre 90% des infractions constatées par la douane.

2ème constat - La qualification d'infraction de trafic international pour laquelle l'auteur encourt une réclusion criminelle à perpétuité et 7 500 000 euros d'amende n'a jamais été mise en œuvre à La Réunion. On aurait peut-être pu juger pour la première fois au criminel une affaire pour trafic international d'héroïne en bande organisée[4], mais pour des raisons de procédure, cette affaire va être jugée par un tribunal correctionnel.

Jusqu'à présent, seules les qualifications délictuelles d'usage et de trafic ont été retenues.

3ème constat - La consommation d'alcool est licite et la France est un pays de production. Boire n'est donc pas illicite et cela n'est pas un acte constitutif d'une infraction. En revanche, l'état d'ivresse sur la voie publique ou la conduite sous l'empire d'un état alcoolique sont des actes réprimés pénalement.

A La Réunion, l'alcool reste une problématique importante. On constate que beaucoup de délits, tel l'homicide involontaire, sont causés sous l'empire d'un état alcoolique. Ainsi, sur les 50 morts dans un accident de la route en 2016 au moins la moitié était due à l'alcool. Dans ces cas, il y a une répression systématique, administrative sur le plan du permis de conduire, judiciaire avec des réponses dites de circuits rapides par ce que l'on appelle l'ordonnance pénale.

C'est sur les addictions aux stupéfiants qu'il existe une problématique particulière. Cette problématique est d'autant plus vraie que la spécificité réunionnaise est le mélange de « *zamal* », artane, alcool ce qui rend la personne dangereuse avec des effets de violence.

4ème constat – Concernant les addictions aux stupéfiants, la loi de 1970, adoptée à un moment où l'Europe et la France ont connu une explosion de la consommation d'héroïne et corrélativement de nombreuses overdoses s'applique toujours. Même si elle a été réformée à de multiples reprises, cette loi reste la loi fondamentale en matière de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite de stupéfiants.

[4] Affaire concernant la saisie d'environ 42 kilos d'héroïne par la douane en novembre 2016.

Ces derniers mois la question de contraventionnaliser ou de forfaitiser l'usage des stupéfiants est revenue sur le devant de la scène. Les policiers et les gendarmes se sont réjouis de ce projet. Certains magistrats aussi. Toutefois, un procureur général s'est posé la question de savoir « *si on attendait du ministère public qu'il réalise un objectif de répression systématique ou un objectif sanitaire* ». La question reste en suspens.

Quelqu'un d'addict à la drogue est quelqu'un qui commet une infraction mais c'est aussi quelqu'un qui a besoin de soins. La réponse pénale doit essayer de concilier ces deux données.

A La Réunion, une étude de l'Agence Régionale de Santé a établi qu'il y avait 54 800 consommateurs de « *zamal* » réguliers. Les procès-verbaux dressés par la police et la gendarmerie ont conduit à peu près à 1200 procédures par an. S'agissant de l'usage de stupéfiants, une partie de la population semble dans l'acceptation mais ce n'est pas pour autant que les institutions doivent baisser les bras puisque cela reste un délit.

Beaucoup de jeunes fument du « *zamal* » : question sont-ils pour autant des délinquants sur lesquels il faut que la justice s'acharne ? Elle ne le fait pas mais elle pourrait le faire puisque le droit positif prévoit un an d'emprisonnement avec, si la personne est condamnée, mention au casier judiciaire, interdiction de se présenter à certains concours, interdiction d'exercer certaines fonctions et d'accéder à des professions dites règlementées.

Le parquet fait tout pour ne pas poursuivre les auteurs non pas parce qu'il est laxiste mais parce que c'est une directive générale de politique pénale.

Il est rarissime que le procureur de la République poursuive l'usager. En effet, notamment en ce qui concerne l'usager occasionnel, il a la possibilité de choisir de ne pas poursuivre et de privilégier l'obligation faite à la personne de suivre un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage des stupéfiants dans un but sanitaire ainsi que l'obligation de se soigner dans des services spécialisés. Ces dernières mesures, en tant que mesures alternatives aux poursuites, sont plus adéquates à l'égard de l'usager car, selon le procureur de la République, une peine de trois mois d'emprisonnement pour avoir « *fumé un pétard* » n'est pas pédagogique mais une peine dénuée de sens.

A terme, ce n'est que lorsque toute autre solution a échoué que le parquet finit par poursuivre l'usager. A l'audience, de la même manière que le stage de sensibilisation vise à privilégier l'aspect sanitaire, le tribunal qui condamne la personne, dès lors que l'addiction est importante et/ou ancienne, va éviter toute peine d'emprisonnement et évoquer le sursis, avec mise à l'épreuve, ainsi que l'obligation de se soigner auprès de services spécialisés. Il y a une volonté de prise

en compte des addictions par les magistrats du siège à travers les « réseaux sanitaires » qui existent et la volonté de travailler ensemble.

Addiction et grossesse – Le syndrome d'alcoolisation fœtale

Vâni HOAREAU

Étudiante en Master 1 Droit public à l'Université de La Réunion

Chaque année, environs huit cent bébés naissent atteints du syndrome d'alcoolisation fœtale[1]. Ce qui leur vaut un handicap pour la vie. Dès lors, se pose la question de la responsabilité. La responsabilité du générateur du syndrome pour commencer. Ensuite, la responsabilité du porteur du syndrome lorsque celui-ci commet un acte répréhensible. Certaines de ces questions ont déjà été envisagées. Mais pas toutes. L'objectif de cette intervention est d'étudier les hypothèses envisageables de responsabilité tout en mettant en exergue les difficultés du droit à appréhender le phénomène.

De tout temps, les rapports de l'homme à l'alcool ont témoigné d'un remarquable paradoxe. Dans l'épisode de l'eau changée en vin lors des noces de Cana, la religion la présente comme un signe de joie et d'hospitalité[2]. Pour les familles, l'alcool favoriserait le lien intergénérationnel et aurait des vertus médicinales. La mythologie grecque, en revanche, présente l'alcool comme une addiction. À ce propos, les dieux grecs ne dérobèrent-ils de l'hydromel parce que, après y avoir goûté, ils ne purent s'en passer ?

Le parallèle entre la mythologie et la réalité est vite constaté. En effet, l'alcool en tant qu'addiction, est une réalité commune aux hommes, recélant un potentiel tant sur la personne majeure que sur la personne mineure, tant sur l'homme que la femme, même lorsque celle-ci est en état de grossesse. Or, l'alcool est la substance la plus dangereuse pour le fœtus. Si la future mère en état de grossesse en consomme, le futur bébé en consomme également et les conséquences sont irréversibles, allant jusqu'à faire du bébé le porteur d'un handicap : le syndrome d'alcoolisation fœtale.

---

[1] Voir les propos du docteur D. LAMBLIN dans l'article de France info du 6 septembre 2017, « Alcool et grossesse : un cocktail délétère », disponible au lien suivant : https://www.francetvinfo.fr/sante/drogue-addictions/alcool-et-grossesse-un-cocktail-deletere_2360261.html

[2] Se reporter au chapitre 2 de l'évangile de Jean dans les diverses traductions de la Bible.

Le docteur Thierry Maillard définit le syndrome d'alcoolisation fœtale comme « *une entité clinique qui englobe une série d'anomalies associées à la consommation d'alcool de la future mère* »[3]. Le syndrome d'alcoolisation fœtale est la conséquence la plus aggravante de la consommation de l'alcool pendant la grossesse. Lorsque la mère en consomme pendant la grossesse, l'alcool passe dans son sang et rejoint le placenta. Ladite substance va alors avoir des effets tératogènes sur le fœtus. Ainsi, le bébé souffrira de déformations faciales, de retards de croissance, de troubles comportementaux. La liste peut encore être étendue[4]. Les séquelles sont d'ordre physique et mental. En principe visibles dès la naissance du bébé, les séquelles peuvent apparaitre plus tard lors de la croissance de l'enfant. On compte parmi elles les troubles du comportement, l'agressivité, l'inadaptation sociale, *etc*[5].

Se pose alors la question de la responsabilité lors de la survenance du syndrome d'alcoolisation fœtale mais aussi la responsabilité de l'individu porteur du syndrome[6].

La question de la responsabilité est intéressante sur plusieurs points. Premièrement, parce que le sujet n'en est qu'à ses prémices sur le plan juridique. En effet, on commence tout juste à assister à des conflits relatifs au syndrome d'alcoolisation fœtale, sans que les réponses fournies ne puissent pleinement emporter satisfaction[7]. Deuxièmement, parce que le syndrome d'alcoolisation fœtale intéresse un bon nombre de disciplines parmi lesquelles les droits fondamentaux, la santé publique, le droit de la consommation, le droit social, le droit à l'éducation, posant ainsi le risque de bousculer les règles en leur sein.

La réflexion portera en premier lieu sur la responsabilité administrative, la seule responsabilité déjà invoquée à ce jour (I). Celle-ci se poursuivra sur deux autres responsabilités hypothétiques : la responsabilité du médecin (II) et la responsabilité de la mère (III). La réflexion se terminera par l'étude de la

---

[3] T. MAILLARD, *L'alcoolisation fœtale à la Réunion. Enquête transversale à la maternité de Saint-Pierre pendant l'année 1996*, thèse en médecine, Faculté mixte de médecine et de pharmacie de Rouen, avril 1998, p. 46 - http://peidd.fr/IMG/pdf/these_avril98_T-_MAILLARD.pdf

[4] Voir B. DORAY, « Addictions et grossesse », *in* C. POMART, *Regards croisés sur les addictions*, colloque des 16 et 17 novembre 2017, Université de La Réunion.

[5] Voir la thèse de T. MAILLARD, *L'alcoolisation fœtale à la Réunion. Enquête transversale à la maternité de Saint-Pierre pendant l'année 1996, op. cit.*, 129 p.

[6] Plusieurs aspects juridiques du syndrome d'alcoolisation fœtale sont susceptibles d'intéresser le juriste. Se pose par exemple la question de l'égalité des chances de l'enfant naissant atteint d'un handicap non génétique par rapport à l'enfant non handicapé. Cependant, par souci de priorité et parce que la question a déjà été soulevée auprès des juridictions sans pour autant avoir été traitée dans tous ses aspects, c'est exclusivement la question de la responsabilité qui sera envisagée dans le cadre de cette intervention.

[7] *Infra*, La responsabilité de l'État.

responsabilité de l'individu porteur du syndrome d'alcoolisation fœtale, lorsque ce dernier commet un acte répréhensible (IV).

I.- La responsabilité de l'État

La responsabilité de l'État est la seule responsabilité qui ait déjà été invoquée dans le contentieux relatif au syndrome d'alcoolisation fœtale. En l'espèce, les titulaires de l'action étaient les mères d'enfants porteurs du syndrome (A). Il existe un autre titulaire susceptible d'invoquer la responsabilité de l'État : l'enfant porteur du syndrome (B).

A.- La mère titulaire de l'action

Il est déjà arrivé que la mère ayant consommé de l'alcool lors de sa grossesse invoque la responsabilité de l'État pour carence d'information.

Si l'affaire a été clôturée en 2008, les faits, eux, remontaient à 1994. À cette date, le législateur ne prévoyait rien en matière de syndrome d'alcoolisation fœtale. Ce n'est qu'à partir de 2005 que le législateur commença à reconnaitre le syndrome d'alcoolisation fœtale[8].

Plusieurs mères s'associèrent et formèrent un recours contre l'État français pour défaut de prévention sur les risques de l'alcool lors de la grossesse. Les requérantes estimaient ainsi que l'État aurait dû imposer aux fabricants des produits alcoolisés l'apposition de messages informant les consommateurs des risques encourus par le fœtus en cas de consommation par les femmes en état de grossesse. Les requérantes déploraient également le manque de formation et de sensibilisation des professionnels de santé sur l'existence du syndrome d'alcoolisation fœtale et des moyens de le prévenir. En d'autres termes, il était reproché à l'État de ne pas remplir son rôle de police administrative en prévenant les troubles de l'ordre public[9].

[8] Voir la loi n°2005-102 du 11 février 2005, pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JORF*, 12 février 2005, page 2353. Loi instituant les premières obligations légales concernant le syndrome d'alcoolisation fœtale.

[9] Concernant l'obligation de prévention de l'État contre les troubles à l'ordre public, CE, 7 novembre 1924, *Club sportif châlonnais,* Rec. p. 683 ; *D.* 1924. III. p.58, concl. CAHEN-SALVADOR ; CE, Sect., 18 décembre 1959, *Société les films Lutetia*, Rec. p. 693 ; *S.* 1960, p. 9, concl. MAYRAS, *AJDA*, 1960, 1, p.20, chron. COMBARNOUS et GALABERT ; *D.* 1960, p.171, note WEIL ; *JCP*, 1961, 11898, note MIMIN ; *RA*, 1960, p. 31, note JURET ; CE, 26 juillet 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, req. n°43468, Rec. p. 236 ; *RFDA*, 1896, p. 439, concl. GENEVOIS ; CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-orge et Ville d'Aix-en-Provence*, req. n°136727, 143578 ; Rec. p. 372, concl. FRYDMAN ; *AJDA*, 1995, p.878, chron. STAHL et CHAUVAUX; D. 1996, p. 177, note LEBRETON ; *JCP G*, 1996, II, 22630, note HAMON ; *RFDA*, 1995, p. 1204,

Si, dans un premier temps, le tribunal administratif de Lille dans son jugement du 23 mai 2006 reconnut la responsabilité de l'État pour faute simple, considérant que la protection des embryons et fœtus pendant la grossesse au regard du syndrome d'alcoolisation fœtale relevait de la prévention et du traitement de l'alcoolisme dont l'État avait la charge[10], la Cour administrative d'appel en décida autrement, considérant que « *il ne résulte pas de l'instruction, au regard des données expérimentales, cliniques et épidémiologiques disponibles sur le sujet et notamment avant la publication en 2001 par l'Inserm d'une expertise collective, que l'État disposait (…) d'une information suffisamment certaine et précise sur le risque qu'un enfant à naître présente à la suite d'une consommation pourtant modérée d'alcool par la femme enceinte, un syndrome d'alcoolisation fœtale* »[11]. Autrement dit, sans pour autant nier l'idée que l'État soit tenu d'une obligation relative à la prévention de l'alcoolisme[12], le juge précisa

concl. FRYDMAN ; *RDP*, 1996, p.536, notes GROS et FROMENT ; CE, 12 novembre 1997, *Ministre de l'intérieur c/ Association communauté tibétaine en France*, req. n°169295, Rec. p. 417, *D.* 1997, inf. rap. p. 262 ; CE, 8 décembre 1997, *Commune d'Arcueil*, req. n°171134 ; TA de Versailles, 23 janvier 1998, *Préfet de l'Essonne*, req. n°971245, *DA*, 1998, p. 190 ; CE, Sect., 30 juin 2000, *Association Promouvoir et a.*, req. n°222194**,** 222195, *AJDA*, 2000, p. 674, chron. GUYOMAR et COLLIN ; *D.*, 2001, p. 590, chron. BOITARD ; *RFDA*, 2000, p.1282, note CANEDO et p. 1311, note MORANGE ; *RDP* 2001, p. 367, note GUETTIER ; *Com. comm. électr*., septembre 2000, 95, obs. LEPAGE ; *LPA*, 15 décembre 2000, n°250, p. 9, note LECUCQ ; CE, ord. réf., 8 juin 2005, *Commune de Houilles*, req. n°281084, *JCP A*, 2005, act. 319, obs. ROUAULT ; *Collectivités territoriales – intercommunalité* 2005, p. 163 ; CE, Ord. Réf., 5 janvier 2007, *Ministre de l'Intérieur c/Association « Solidarité des Français »*, req. n°300311 ; CE, 6 octobre 2008, *Société cinéditions*, req. n°311017 ; CE, 26 novembre 2008, *Syndicat mixte de la vallée de l'Oise, Commune de Fresnières et Communauté de communes du Pays des sources*, req. n°301151, Rec. p. 439 ; *AJDA*, 2008, p. 2252, obs. JEGOUZO ; *AJDA*, 2009, p. 32, concl. GUYOMAR ; *BJCL*, 2009, p. 33, concl. GUYOMAR ; *DA*. 2008, 9 ; *Gaz. Pal*. 3-4 juillet 2009, p. 32, note CASSARA ; CE, 25 novembre 2009, *Association promouvoir et a*., req. n°328677 ; CE, 5 juillet 2013, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, req. n°361441, *DA*, 2013, p. 85, note EVEILLARD ; CE, ord. 9 janvier 2014, *Ministre de l'Intérieur*, req. n°374508, préc., *AJCT*, 2014, p. 157, note LE CHATELIER ; *AJDA*, 2014, p. 129, trib. SEILLER, p. 473, trib. BROYELLE et p. 866, note PETIT ; *Comm. com. électr*., 2014, 20, note LEPAGE ; *D.*, 2014, p. 200, note MAUS ; *DA*., 2014, repère 2, AUBY et 33, note EVEILLARD ; *JCP A*, 2014, 2014, note TUKOV ; *LPA*, 20 janvier 2014, p. 3, note FRISON-ROCHE ; *RFDA*, 2014, p. 87, note O. GOHIN ; V. également CE, ord. réf., 10 janvier 2014, *SARL les productions de la Plume*, req. n°374528 ; CE, ord. réf., 11 janvier 2014, *SARL les productions de la Plume*, req. n°374552 ; CE, 6 février 2015, *Commune de Cournon d´Auvergne*, req. n°387726 ; CE, 6 février 2015, *SARL Les Productions de la Plume*, req. n°387757.

[10] TA de Lille, 23 mai 2006, req. n°0300297.

[11] CAA de Douai, 10 janvier 2008, req. n°06DA01012, 06DA01014, *AJDA*, 2008, p. 766.

[12] « *Considérant, en troisième lieu, que l'article L. 355-1 du code de la santé publique, applicable à l'époque où Mme H était enceinte (devenu l'article L. 3311-1 du même code), dispose que : « L'Etat organise et coordonne la prévention et le traitement de l'alcoolisme, sans préjudice du dispositif prévu à l'article L. 326 du présent code. / Les dépenses entraînées par l'application du présent article sont à la charge de l'Etat sans préjudice de la participation des régimes d'assurance maladie aux dépenses de soins » ; qu'aux termes de l'article L. 97-1 du*

que, au moment des faits, soit dans les années quatre-vingt-dix, l'État ne pouvait disposer d'informations démontrant le risque possible qu'un enfant à naître soit porteur du syndrome d'alcoolisation fœtale. Pour le juge, les nombreuses campagnes de l'époque sur les dangers liés à l'alcool auraient dû inciter les futures mères à veiller à l'usage de l'alcool lors de leur grossesse[13].

Cette décision de la Cour administrative d'appel peut être mise en parallèle d'autres cas similaires de condamnation de l'État pour carence fautive en termes d'actions préventives. L'on retiendra l'exemple de la condamnation de l'État pour ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs de l'amiante. Le Conseil d'État avait clairement estimé que même s'il ressortait des obligations de l'employeur de protéger la santé de ses travailleurs, il appartenait *« aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informées des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle*[14].

Il semble qu'à une époque pas si lointaine de cela, le juge était plus sensible à la protection du « *vieux travailleur* »[15] qu'à celle de la femme enceinte.

Aujourd'hui, la reconnaissance législative du syndrome d'alcoolisation fœtale a permis une évolution de la situation. Si à l'avenir une mère déciderait de former un recours contre l'État, on assisterait sans doute à décision plus favorable à la responsabilité de l'État.

B.- L'enfant porteur de syndrome, titulaire de l'action

Il n'est pas impossible qu'un jour un enfant atteint du syndrome d'alcoolisation fœtale saisisse le juge administratif en vue de la reconnaissance de la responsabilité de l'État. Il le ferait sur le fondement de la perte de chance

---

code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme dans sa version issue de la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 (codifié désormais sous le premier alinéa de l'article L. 3311-3 du code de la santé publique) : « Les campagnes d'information menées dans le cadre de la lutte anti-alcoolique doivent comporter des messages de prévention et d'éducation. » (CAA de Douai, 10 janvier 2008, req. n°06DA01012, 06DA01014).

[13] On peut lire dans l'une des décisions de la cour d'appel : « *par ailleurs, les nombreuses campagnes à vocation plus générale sur les dangers liés à l'alcool devaient déjà inciter notamment les futures mères à réduire fortement si ce n'est à supprimer toutes boissons alcoolisées de leur consommation (…)* » (CAA de Douai, 10 janvier 2008, req. n°06DA01014) ; Pour des explications du contentieux relatif à la responsabilité de l'État dans le cadre du syndrome d'alcoolisation fœtale, S. RENARD, *L'ordre public sanitaire (étude en droit public interne)*, thèse de droit de l'Université de Rennes I, dactylographiée, 2008, pp. 415-416.

[14] CE, Ass. 3 mars 2004, *Bourdignon*, req. n°241153.

[15] En vertu de l'article 11 du préambule de la Constitution de 1946, la nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle (…)* ».

d'avoir une vie normale du fait du défaut d'information à l'égard de sa mère qui n'aurait pas consommé de l'alcool pendant sa grossesse, si elle avait été correctement avertie des dangers pour son futur enfant.

Certaines doctrines ont déjà soulevé cette éventualité. À ce propos, le maître de conférences Fabrice Lemaire, a soulevé un élément non négligeable en écrivant que « *de même qu'une personne pourrait un jour reprocher à l'État d'avoir été victime du tabagisme passif, les enfants des requérantes disposent d'un recours contre l'État au titre de « l'alcoolisme passif »*»[16].

Encore faut-il que l'enfant puisse rapporter les preuves que sa mère n'aurait pas consommé de l'alcool si elle avait eu connaissance des risques liés au syndrome. Force est de constater que cette preuve est difficile à rapporter.

II.- La responsabilité du médecin

Tant la mère (A) que l'enfant (B) pourraient invoquer la responsabilité du médecin. Les fondements sur lesquels chaque titulaire de l'action s'appuierait n'étant pas les mêmes, il conviendra de les étudier dans deux parties distinctes.

A.- La mère titulaire de l'action

La mère pourrait invoquer la responsabilité civile et pénale du médecin, pour le préjudice moral qu'elle subit[17].

En effet, l'article L.1111-2 alinéas 1 et 2 du Code de la santé publique impute au médecin l'obligation d'information consistant en des actions de prévention portant sur les risques graves et prévisibles. L'article dispose qu'il « *incombe à tout professionnel de santé* » d'« *informer toute personne sur son état de santé* » et que « *cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ».

[16] F. LEMAIRE, « L'État est-il responsable de la consommation d'alcool pendant la grossesse ? », *AJDA*, 2006, p. 156.

[17] Le préjudice moral pourrait résulter des charges d'éducation qui lui sont imposées qui sont sensiblement plus pesantes que celles d'un enfant non porteur de handicap : cela réclame plus de temps, plus de patience, plus de suivis (d'un point de vue médical, scolaire…). La mère peut également porter en elle la culpabilité d'avoir bu lors de sa grossesse.

Ainsi, le défaut d'information du médecin serait constitutif d'une faute de négligence ou d'imprudence, offrant l'occasion à la mère, qui prendrait connaissance que le handicap dont est porteur son enfant aurait pu être évité, de poursuivre le médecin sur le fondement de l'article L. 1111-2, alinéas 1 et 2 du Code de la santé publique.

Le défaut d'information serait encore moins excusable si la patiente avait déjà présenté des problèmes liés à l'alcool. Il est donc du devoir du médecin de prévenir des risques encourus et conseiller un accompagnement médical spécifique pour le bon déroulement de la grossesse.

L'hypothétique responsabilité du médecin n'aurait pas trouvé meilleur avertissement que dans la célèbre citation de Loisel : « *qui peut mais n'empêche, pêche !* »[18].

B.- L'enfant titulaire de l'action

La responsabilité du médecin pourrait également être recherchée par l'enfant porteur du syndrome.

Premièrement, l'enfant pourrait assigner le médecin pour défaut d'information l'ayant exposé au syndrome d'alcoolisation fœtale sur le fondement susmentionné, l'article L. 1111-2, alinéas 1 et 2 du Code de la santé publique. En effet, l'enfant porteur du syndrome d'alcoolisation fœtale subit les conséquences d'un risque qui aurait pu être évité si l'information avait été donnée par le médecin et si sa mère avait suivi les recommandations[19].

Deuxièmement, l'enfant atteint du syndrome d'alcoolisation fœtale pourrait invoquer auprès du juge le préjudice d'être né handicapé. L'idée, ici, s'inspirerait de la célèbre affaire *Perruche* dans lequel le demandeur, né handicapé, considérait que si les médecins n'avaient pas commis d'erreur médicale et avaient informé sa mère des risques d'accoucher d'un enfant handicapé, la mère aurait pu avorter[20].

Ce parallèle entre l'affaire *Perruche* et le cas du syndrome d'alcoolisation fœtale s'avère intéressant et apporte des éléments favorisant la possible

---

[18] A. LOISEL, *Institutes coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, livre VI, titre I, IV.

[19] Voir *supra*, La responsabilité du médecin, la mère titulaire de l'action ; Civ. 1 ère, 6 décembre 2007, pourvoi n°06-19301.

[20] Ass. Plén., 17 novembre 2000, *Perruche*, req. n°99-13701, *D.*, 2001, Jur. 316, concl. J. SAINTE-ROSE, Jur. 332, note D. MAZEAUD et P. JOURDAIN, Somm. 2796, obs. F. VASSEUR-LAMBRY ; *RDSS* 2001. 1, obs. A. TERRASSON DE FOUGERES ; *RTD civ*. 2001. 77, obs. B. MARKESINIS, 103, J. HAUSER, 149, obs. P. JOURDAIN, 226, obs. R. LIBCHABER, et 547, obs. P. JESTAZ ; *JCP* 2000. II. 10438, concl. J. SAINTE-ROSE, rapp. P. SARGOS, note F. CHABAS.

responsabilité médicale. Dans l'affaire *Perruche*, le juge a reconnu la responsabilité du médecin pour ne pas avoir détecté ce handicap. Autrement dit, le fait d'être né handicapé était réparable. Il conviendra de retenir que la faute imputable au médecin était de ne pas avoir détecté ce handicap et non de l'avoir causé ou empêché puisqu'il n'y pouvait rien. Le handicap étant d'ordre génétique. Or dans l'hypothèse du syndrome d'alcoolisation fœtale, le handicap est non génétique et aurait pu être évité. Ce qui tendrait à renforcer la responsabilité du médecin[21].

Bien qu'il existe des fondements appuyant la responsabilité du médecin, cette responsabilité n'est pas si facile à reconnaître en pratique. En effet, il appartient au titulaire de l'action de démontrer un lien de causalité entre la faute du médecin et le dommage causé, le lien devant être direct et certain[22]. Or, il n'est pas impossible que le médecin ait rempli son devoir d'information et que la suite des évènements ne se soit pas déroulée en conformité avec son devoir d'information. Autrement dit, rien n'assure, que malgré les actions du médecin en vue de la prévention contre l'alcool lors de la grossesse, la mère n'aurait pas consommé de l'alcool, épargnant l'enfant à naître de son handicap.

De plus, depuis 2005, il existe une obligation pour les fabricants d'apposer un logo exprimant l'interdiction pour la femme enceinte de consommer de l'alcool[23]. De ce fait, le juge ne pourrait-il pas estimer qu'il y a une part de volonté et d'ignorance de la loi par la femme enceinte ? Les réponses à ces questions restent aujourd'hui une zone d'ombre justifiée par l'absence de requête devant le juge judiciaire en matière de syndrome d'alcoolisation fœtale.

En conséquence, il conviendra de retenir que la responsabilité du médecin est possible pour ce qui est du syndrome d'alcoolisation foetale. Toutefois, cette responsabilité ne sera pas admise aussi facilement. Les chances seraient plus grandes que lui soit substituée celle de la mère.

III - La responsabilité de la mère

Il conviendra de s'intéresser à la possible responsabilité civile de la mère (A) mais aussi de sa fragile responsabilité pénale (B).

---

[21] Se référer à la fameuse citation de A. LOISEUL, *Institutes coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France, op.cit.*

[22] J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin,* éd. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1992, p. 103 ; Crim. 5 octobre 2004.

[23] Voir l'article 5 de la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

A.- La possible responsabilité civile de la mère

Si le cas ne s'est pas encore présenté devant le juge, il n'est pas impossible d'envisager qu'un jour, un enfant (ou le tuteur de l'enfant) atteint du syndrome d'alcoolisation fœtale puisse invoquer la responsabilité de sa mère.

Si cette hypothèse se concrétisait au civil, l'enfant devra prouver l'existence d'un préjudice, son handicap d'un fait générateur (la consommation d'alcool par sa mère) et enfin un lien de causalité entre les deux (une expertise prouvant que la consommation d'alcool a effectivement entrainé le handicap non-génétique de l'enfant).

Une possibilité s'offrirait alors pour l'enfant de se fonder sur l'article 1240 nouveau du Code civil qui dispose que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

Toute la difficulté pour l'enfant réside néanmoins dans l'acquisition de ses droits subjectifs. L'enfant pourrait-il se prévaloir d'une faute commise à son égard alors qu'il n'était pas encore né ? L'article 16 du code civil dispose que «*la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Si pour le scientifique la vie commence dès la conception, pour le juriste, c'est à sa naissance que l'individu acquiert la personnalité juridique[24]. Si le raisonnement s'arrêterait sur ce dernier constat, l'enfant atteint du syndrome d'alcoolisation foetale ne pourrait recevoir de réparation.

Mais le droit romain a laissé un héritage primordial en faveur de l'enfant. Il s'agit de l'adage *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*, qui signifie que l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y a va de son intérêt[25]. Cet adage reconnaît l'existence d'une personnalité juridique fictive à l'enfant. Personnalité juridique qui permettrait au juge de statuer sur des faits commis avant la naissance mais dont le préjudice s'évalue à la naissance, et dans l'hypothèse du syndrome de l'alcoolisation fœtale, pour tout le reste de sa vie. Se fondant sur cet adage, la responsabilité civile de la mère est susceptible d'aboutir.

---

[24] On peut lire dans le premier attendu de la solution de la Cour de Cassation que « *L'incrimination d'homicide involontaire ne s'applique pas à partir du moment ou l'enfant n'es pas né vivant* », Crim., 25 juin 2002, req. n°00-81.359.

[25] *Digeste* de Justinien, Livre 1, titre 5, § 77 ; voir notamment, X. LABBEE, J.-Cl. civil, code art. 16, fasc. 50, spéc. n°29 et s.

B.- La fragile responsabilité pénale de la mère

Si l'hypothèse se concrétisait devant le juge, la réparation deviendrait plus difficile à obtenir pour ce qui est de la responsabilité pénale de la mère. Elle n'est, toutefois, pas impossible.

En effet, en droit pénal seules les infractions prévues par la loi sont punissables[26]. De ce fait, la première question se pose quant à la qualification de l'éventuelle infraction reprochée à la mère. Existe-t-il un texte pouvant justifier la responsabilité pénale de la mère qui, suite à la consommation d'alcool, met au monde un enfant porteur du syndrome d'alcoolisation fœtale ? La réponse est négative. Il n'existe pas de loi édictant noir sur blanc l'interdiction pour la mère de consommer de l'alcool pendant la grossesse. Toutefois, il sera démontré que cette interdiction peut être déduite. Le but est de tenter de réunir les éléments constitutifs de l'infraction de la mère[27]. Cela se fera à travers plusieurs étapes.

Pour commencer, il convient de rappeler que le Code de la santé publique en son article L.3322-2 – article repris par le Code pénal – prévoit une peine de 6000 euros d'amende pour le fabricant qui n'aurait pas respecté la règle de l'apposition du message à caractère sanitaire ou le pictogramme déclarant les dangers de l'alcool sur le fœtus. S'il existe un logo indiquant l'interdiction pour la femme en état de grossesse de boire de l'alcool, il est dès lors plausible de penser que ce logo fait figure de « panneaux d'interdiction » pour celle-ci consommer de l'alcool.

L'interdiction de consommation d'alcool par la femme enceinte peut dès lors être déduite de la pénalisation de cette non-apposition.

Après avoir déduit de cet article une interdiction de consommer de l'alcool pour la femme en état de grossesse, la prochaine étape consiste en la qualification du manquement à cette obligation. L'alinéa premier de l'article 121-3 du Code pénal dispose qu'il « *n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Sur ce propos, il sera possible de se fier aux bonnes mœurs pour affirmer qu'une mère n'a pas l'intention de nuire à la santé de son enfant. C'est de ce fait le troisième alinéa de l'article 121-3 qui dispose que « *il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il*

[26] En ce sens, l'article 112-1 du Code pénal dispose que « *sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis* ».
[27] À propos des éléments constitutifs de l'infraction pénale voir (P.-M.) DUPUY, « Infraction », *in Répertoire droit international public*, n°10 et s., Dalloz, 2009.

disposait ». La loi du 13 mai 1996 avait établi une méthode d'évaluation de la faute d'imprudence[28]. Méthode reprise par le Code pénal dans l'article susmentionné. En effet cette dernière s'évalue au regard d'un « comportement standard ». Autrement dit, l'idée est de se demander comment aurait agi une femme attentive, vigilante et diligente. Les effets néfastes de l'alcool sur l'être humain étant populaires, il peut être établi qu'une mère qui en consomme pendant sa grossesse commet une faute de négligence et d'imprudence à l'égard de la santé de son futur enfant. Il y a donc une infraction. Celle de l'interdiction de consommer de l'alcool pendant la grossesse. Il s'agit de l'élément légal. Si l'enfant est né porteur du syndrome d'alcoolisation fœtale il n'y a pas de doute, la mère a consommé de l'alcool. C'est l'élément matériel. Enfin, il n'y avait pas d'intention de commettre l'infraction. Mais il y avait une faute d'imprudence, constitutive de l'élément moral.

Toutefois, la même problématique relative à la personnalité juridique de l'enfant se pose.

Le juge pénal a tenté d'adopter le même raisonnement que le juge civil. Notamment dans une affaire du 13 mars 1997. Était en cause un médecin qui avait procédé à une intervention donnant suite à une rupture accidentelle de la poche des eaux d'une patiente en état de grossesse. Intervention rendant nécessaire l'expulsion du fœtus. Se fondant sur plusieurs textes, parmi lesquels, l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques, textes, reconnaissant à l'enfant un droit à la vie protégé par la loi, la Cour d'Appel avait déclaré qu'il s'agissait d'un homicide involontaire sur le fœtus[29]. Toutefois, la chambre criminelle, attachée aux principes, casse l'arrêt rendu par la Cour d'Appel au visa de l'article 111-4 du Code pénal suivant lequel « *la loi pénale est d'interprétation stricte* »[30]. À l'heure actuelle, le préjudice subi par l'enfant à naitre n'est donc en soi pas indemnisable.

C'est également le raisonnement qu'a récemment adopté le Royaume-Uni[31]. Une mère s'est vue assignée par l'autorité en charge de son enfant âgée de sept ans, atteinte du syndrome d'alcoolisation fœtale. La jeune mère exerçait une addiction pour l'alcool depuis ses 13 ans. La Cour a révélé qu'elle buvait « *une demi-bouteille de vodka et huit boîtes de bière forte par jour* » pendant sa grossesse. Ceci, alors qu'elle avait été avertie des dangers liés à l'alcool par son médecin et son assistante sociale. La première instance avait déclaré qu'il s'agissait d'un homicide involontaire alors que l'enfant était en vie. Susan

[28] Voir loi n°96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, *JORF*, 14 mai 1996 p. 7211.
[29] CAA de Lyon 4e ch., 13 mars 1997.
[30] Voir Crim, 30 juin 1999, Bull. crim., n°162.
[31] Voir Criminal Injuries Compensation Authority v First Tier Tribunal and CP (CIC) [2013] UK UT 0638 (AAC).

Fleisher, fondatrice de NOFAS-UK (l'Organisation nationale pour le syndrome de l'alcoolisme fœtal Royaume-Uni) a quant à elle estimé qu'une femme ne pouvait pas être poursuivie pour quelque chose qu'elle ignore. Selon la fondatrice, les femmes qui ont des problèmes d'alcool devraient pouvoir obtenir du soutien et de l'éducation pour protéger la santé de leur enfant. Elle a affirmé qu'il fallait renforcer la sensibilisation liée à la consommation d'alcool pendant la grossesse, mais qu'en tout état de cause, la criminalisation n'est pas la solution[32]. La Cour d'appel a finalement déclaré qu'au moment des faits, l'enfant était un fœtus qui n'avait pas de personnalité juridique. De ce fait, aucune infraction pénale n'a pu être commise.

La responsabilité pénale de la mère semble à tous ces égards également difficiles à admettre.

IV.- La responsabilité de l'individu porteur du syndrome d'alcoolisation fœtale

Comment est régie la responsabilité de l'individu porteur du syndrome d'alcoolisation fœtale, qui commettrait une infraction ? Il n'existe à ce jour aucune règle posant le cadre d'une telle situation, pas plus qu'il n'existe de contentieux sur la question.

Ce qui reste néanmoins possible d'envisager, c'est l'éventuelle atténuation de la peine de l'individu porteur dudit syndrome. Il ressort en effet des études portant sur le syndrome d'alcoolisation fœtale que son porteur est atteint de troubles mentaux. Déterminer la responsabilité de l'individu impliquera par conséquent pour le juge de prendre en compte cet élément (A). L'atténuation de sa peine peut être davantage renforcée en fonction de son âge (B).

A.- La prise en compte des troubles mentaux de l'individu porteur du syndrome

Pour commencer, l'individu atteint du syndrome d'alcoolisation fœtale est atteint de troubles mentaux qui affectent son discernement. Le résultat ne sera pas le même en matière de responsabilité civile qu'en matière de responsabilité pénale.

En matière de responsabilité civile, la question du discernement est sans effet pour le législateur. L'article 414-3 du Code civil dispose en effet que « *celui*

[32] Voir l'article du BBC News du 5 avril 2014, « *Pregnancy drinking examined as possible crime in landmark case* », http://www.bbc.com/news/uk-26031422

qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation ». Il n'y a donc pas de régime dérogatoire de la responsabilité civile pour l'individu atteint d'un trouble mental et, par conséquent, pour l'individu atteint du syndrome d'alcoolisation fœtale.

En matière de responsabilité pénale, en revanche, la vision du législateur est beaucoup plus souple vis-à-vis de l'individu atteint d'un trouble mental. L'article 122-1 du Code pénal dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes »*. Il appartient donc au juge du pénal d'examiner l'existence d'un trouble au moment des faits et d'opter pour une irresponsabilité pénale. Ce qui signifie que l'individu atteint du syndrome d'alcoolisation fœtale peut bénéficier d'une irresponsabilité pénale au sens de l'article 122-1 précité.

Reste à savoir maintenant si le degré d'atteinte de l'individu est partiel ou total. Cette détermination risque fort bien de relever de l'appréciation du juge.

B.- La prise en compte de la minorité de l'individu porteur du syndrome

Cette atténuation de la responsabilité de l'individu atteint du syndrome peut être renforcée si, au moment des faits, il est mineur.

Le droit reconnaît en effet aux mineurs délinquants une adaptation de leur peine. Le discernement étant l'élément déclencheur de la responsabilité pénale, il appartient au juge de rechercher si, au moment de la commission des faits, le mineur avait atteint l'âge de raison qui lui confère le discernement suffisant.

Lorsque le mineur est doté de discernement, il peut se voir imputer les infractions qu'il a commises. Mais il peut là encore, n'être soumis qu'à des mesures éducatives. Cela va dans le sens du principe de l'atténuation de la responsabilité et celui de la primauté de la mesure éducative qui sont des principes constitutionnels[33]. Il s'agit de la nécessité de régir la situation juridique des enfants délinquants en leur appliquant des mesures adaptées à leur âge et à leur responsabilité. Toutefois, ce principe connait des exceptions dans lesquelles les mesures éducatives se rapprochent des peines[34].

[33] Cons. const., 29 août 2002, n°2002-461 DC, relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF*, 10 septembre 2002, p. 14953 ; Recueil, p. 204
[34] Art. 15-1 de l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

Si tel n'est pas le cas, le mineur est irresponsable quelle que soit la gravité de l'acte commis parce qu'il est non imputable[35]. Il sera soumis à des mesures éducatives.

Qu'en est-il de l'enfant porteur du syndrome d'alcoolisation fœtale, qui selon les rapports nationaux de médecine, présente des troubles du comportement ? On note parmi les porteurs du syndrome d'alcoolisation fœtale un haut pourcentage de délinquance, parfois de prostitution, d'impulsivité et surtout d'instabilité[36]. On peut de ce fait fortement douter de leur discernement. On peut même affirmer que l'enfant porteur de syndrome d'alcoolisation présente dans certains cas une double vulnérabilité un discernement altéré et une minorité au moment des faits. On note que le régime de responsabilité pénale de l'individu atteint du syndrome d'alcoolisation fœtale lui bénéficie plus que celui de la responsabilité civile. Autrement dit, la fonction même de la peine perd tout son sens pour l'individu porteur du syndrome d'alcoolisation fœtale.

De ce fait, le cas de l'individu, qu'il soit mineur ou majeur, porteur du syndrome d'alcoolisation fœtale mérite d'être assorti d'une peine spécifique. Pourtant, le syndrome d'alcoolisation étant très peu connu des services de la Justice, beaucoup de délinquants porteurs de syndrome d'alcoolisation fœtale se retrouvent en prison[37].

Le traitement juridique du syndrome d'alcoolisation fœtale commence progressivement à prendre forme. Les récents contentieux sur la question ou encore l'intérêt du législateur le démontrent.

Pour autant, la responsabilité tant pour les acteurs dans la survenance du syndrome d'alcoolisation fœtale que pour les individus porteurs du syndrome d'alcoolisation fœtale présente des fragilités et se trouve dépourvue de pédagogie. Cela s'explique par un statut législatif non abouti, par un manque de conflits qui contribueraient pourtant à la stimulation d'un cadre juridique autour du phénomène mais aussi par la quasi-absence d'un dialogue effectif entre les acteurs sociaux et les acteurs de la justice. L'invitation est donc lancée aux acteurs du droit de garantir davantage la prévention et l'indemnisation des victimes du

---

[35] X. PIN, « L'irresponsabilité pénale (Réflexions sur le sens des articles 122-1, 122-2,122-3 et 122-8 du Code pénal) » in V. MALABAT, B. DE LAMY, M. GIACOPPELI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum, Dalloz, Thèmes et commentaires*, 2009, pp. 51 et s., spéc. p. 57

[36] Rapport *L'alcoolisation fœtale*, Académie nationale de médecine, 22 mars 2016, http://www.academie-medecine.fr/

[37] Voir les propos du juge A. JOBERT dans l'article du Clicanoo, « La justice veut casser le cercle vicieux » du 5 avril 2017, https://www.clicanoo.re/Societe/Article/2017/04/05/La-justice-veut-casser-le-cercle-vicieux_459237

syndrome d'alcoolisation fœtale et de permettre un statut juridique adapté aux spécificités du porteur du syndrome d'alcoolisation fœtale.

Addictions, sport, dopage – Aspects juridiques

Mathieu MAISONNEUVE

Professeur de droit public

Détaché à l'Université Saint Joseph de Beyrouth

Les liens entre le sport et les addictions sont potentiellement triples.

Premièrement, la pratique sportive intensive est susceptible de constituer par elle-même une forme particulière d'addiction comportementale : la « bigorexie »[1].

Deuxièmement, l'activité sportive peut être un moyen parmi d'autres de lutter contre certaines formes d'addictions « classiques », comme le tabagisme, l'alcoolisme ou la toxicomanie.

Troisièmement, le sport, en particulier de compétition, peut paradoxalement constituer un terrain propice à ces mêmes addictions « classiques » ainsi qu'à d'autres encore, telles que l'addiction aux jeux d'argent.

Les deux premiers liens sont assez largement ignorés par le droit. Celui-ci ne s'intéresse qu'au troisième, et encore le plus souvent par accident, notamment au travers de la lutte contre le dopage.

Autrement dit, le droit est relativement indifféremment à l'idée que le sport puisse constituer une forme d'addiction ou un moyen de lutter contre certaines addictions (I). Tout au plus le droit aborde-t-il indirectement le sport, dans son rapport aux addictions, comme un facteur de risque (II).

[1] Le Centre d'études et de recherche en psychopathologie de Toulouse définit cette addiction comme « *un besoin irrépressible et compulsif de pratiquer régulièrement et intensivement une ou plusieurs activités physiques et sportives en vue d'obtenir des gratifications immédiates et ce malgré des conséquences négatives à long terme sur la santé physique, psychologique et sociale* ». La « bigorexie » figure depuis 2011 sur la liste des maladies de l'Organisation mondiale de la santé (OMS). Sur cette question, voir notamment D. VELEA, « L'addiction à l'exercice physique », *Psychotropes*, 2002/3 (vol. 8), p. 39.

I.- Le sport comme addiction ou comme moyen de lutte contre les addictions : la quasi-indifférence du droit

La pratique régulière d'une activité physique ou sportive est globalement bonne pour la santé et il n'est guère étonnant que le droit mette l'accent sur sa promotion. Il suffit pour s'en convaincre de lire le tout premier article du Code du sport, l'article L. 100-1 : « *Les activités physiques et sportives constituent un élément important de l'éducation, de la culture, de l'intégration et de la vie sociale. Elles contribuent notamment à la lutte contre l'échec scolaire et à la réduction des inégalités sociales et culturelles, ainsi qu'à la santé. La promotion et le développement des activités physiques et sportives pour tous, notamment pour les personnes handicapées, sont d'intérêt général* ».

On peut contester cette vision idyllique du sport, voire candide, notamment en s'appuyant sur la théorie critique initiée en France par Jean-Marie Brohm. Mais on peut difficilement nier que le sport, au sens large, présente des avantages pour la santé. Il serait même utile pour aider à lutter contre le tabagisme ou la toxicomanie. Pourtant, ni le droit « souple » ni le droit « dur » ne le reconnaisse spécifiquement.

La politique publique « *Sport – Santé – Bien-être* », telle que présentée en conseil des ministres le 10 octobre 2012, ne va pas jusque-là, et le dispositif « *sport sur ordonnance* », issu de la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé[2], ne vise que les affections de longue durée, ce qui ne couvre pas les addictions en tant que telles. Un médecin peut bien sûr conseiller une activité sportive pour lutter contre elles, mais ce ne sera pas en principe remboursé.

De même qu'il est difficilement contestable que la pratique d'un sport peut être bon pour la santé, il est tout aussi connu que la pratique sportive peut, dans certains cas ou pour certaines personnes, être dangereuse. Le droit ne l'ignore pas. L'exigence législative d'un certificat médical de non contre-indication à la pratique du sport en constitue sans doute le meilleur exemple.

Mais, à y regarder de plus près, elle illustre aussi que le droit ignore assez largement qu'une pratique sportive excessive peut constituer une addiction à

[2] Art. L. 1172-1 du code de la santé publique : « *Dans le cadre du parcours de soins des patients atteints d'une affection de longue durée, le médecin traitant peut prescrire une activité physique adaptée à la pathologie, aux capacités physiques et au risque médical du patient. Les activités physiques adaptées sont dispensées dans des conditions prévues par décret* ». Voir décret n°2016-1990 du 30 décembre 2016 relatif aux conditions de dispensation de l'activité physique adaptée prescrite par le médecin traitant à des patients atteints d'une affection de longue durée, entré en vigueur le 1er mars 2017.

traiter. Il résulte en effet assez clairement de l'esprit de la loi que la visite médicale imposée préalablement à la délivrance ou au renouvellement d'une licence sportive vise seulement à déceler une contre-indication physique à la pratique du sport ; pas une addiction au sport. La Société française de médecine du sport ne s'y est d'ailleurs pas trompée. Son questionnaire type ne contient en effet aucune question destinée à déceler une éventuelle « *bigorexie* »[3]. Rien n'empêche bien sûr le médecin consulté de se livrer à une telle recherche. Mais là encore, le droit n'est guère incitatif.

Le nouveau régime juridique du renouvellement de la licence sportive le confirme. Depuis le 1er juillet 2017, il n'est plus forcément nécessaire de produire chaque année un certificat médical pour renouveler sa licence. En principe, un tel certificat n'est désormais plus exigé que tous les trois ans[4]. Dans l'intervalle, il suffit de remplir un formulaire qui permettra d'apprécier si une visite médicale s'impose. Aucune des questions de ce formulaire, élaboré par arrêté du ministre chargé de sports, ne vise toutefois à déceler une pratique sportive addictive[5].

Potentiellement au moins, l'article 20-3 de la loi de 86 sur la liberté de communication pourrait être utilisé afin d'imposer de diffuser par voie télévisuelle des messages destinés à attirer l'attention sur le risque de dépendance au sport. Selon cet article, « *Les services de télévision qui diffusent des programmes sportifs contribuent à la lutte contre le dopage et à la protection des personnes pratiquant des activités physiques et sportives en diffusant des programmes relatifs à ces sujets. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel fixe les conditions d'application du présent article* ». Dans sa délibération du 24 mai 2017[6], le CSA a toutefois choisi de ne faire référence qu'au seul dopage[7].

---

[3] https://www.sfmes.org/images/sfmes/pdf/Visite_NCI.pdf

[4] Les dispositions du code du sport relatives au certificat médical ont été modifiées par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé ainsi que par le décret n°2016-1157 du 24 août 2016 relatif au certificat médical attestant de l'absence de contre-indication à la pratique du sport.

[5] https://www.formulaires.modernisation.gouv.fr/gf/cerfa_15699.do

[6] Délibération n°2017-20 relative aux conditions de contribution des services de télévision diffusant des programmes sportifs à la lutte contre le dopage et à la protection des personnes pratiquant des activités physiques et sportives.

« *Les programmes relatifs à la promotion de la lutte contre le dopage doivent informer sur les cas et pratiques de dopage, mais également accompagner ces constats d'un éclairage sur les moyens de lutte en communiquant notamment sur les actions menées par les pouvoirs publics comme l'Agence française de lutte contre le dopage, le mouvement sportif ou les administrations compétentes.*

Les programmes relatifs à la protection des personnes pratiquant des activités physiques et sportives doivent être de nature pédagogique et préventive quant aux conséquences des conduites dopantes et du dopage en termes éthique, sanitaire, physiologique, psychologique et social. Ils s'appuient sur les connaissances médicales, juridiques, sociologiques et techniques ».

Finalement, les seules éventuelles traces normatives d'une prise en compte par le droit français de l'addiction au sport semblent se trouver à l'article A.231-3 du code du sport. Selon cet article : « *Dans les deux mois qui suivent la première inscription sur la liste des sportifs de haut niveau et annuellement pour les inscriptions suivantes, les sportifs de haut niveau doivent se soumettre à : « 1° Un examen médical réalisé par un médecin du sport comprenant* [notamment] *:* (…) *c) un bilan psychologique visant à dépister des difficultés psychopathologiques pouvant être liées à la pratique sportive intensive* ». Mais, outre que cette obligation ne concerne que les sportifs de haut niveau, il faut surtout un effort d'imagination pour y intégrer la détection de la bigorexie. Sans être exclu par la lettre du texte, ce n'est en effet pas pour autant voulu…

II.- Le sport comme facteur d'addictions : l'intérêt indirect et/ou marginal du droit

Le sport est sans doute un facteur de bien-être. Il peut aussi éventuellement constituer un facteur de risque concernant certaines addictions non sportives : en favorisant une dépendance aux jeux d'argent via les paris sportifs ; en favorisant une consommation excessive d'alcool à l'occasion des événements sportifs, à l'occasion des 3e mi-temps ou encore au moment de la fin de carrière ; en favorisant la prise de drogues via le phénomène du dopage. Le droit s'intéresse plus ou moins à chacun de ces risques.

C'est d'abord et évidemment vrai du droit purement commun. Le régime de la vente et de la consommation d'alcool, par exemple, s'applique en effet autant aux rugbymen qu'aux étudiants, de même que l'interdiction de la publicité pour l'alcool concerne autant les rues que les stades[8].

C'est ensuite et accessoirement vrai du droit commun à objet largement sportif. La loi du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, dont les paris sportifs constituent les principaux, soumet ainsi la délivrance et le renouvellement de l'agrément nécessaire pour opérer dans ce secteur à la preuve, par le demandeur,

[8] En revanche, les retransmissions télévisées de certaines manifestations sportives sont soumises à un régime dérogatoire atténuant la rigueur de l'interdiction de diffuser des publicités en faveur du tabac ou de l'alcool. C'est d'abord la loi qui prévoit que « *la retransmission des compétitions de sports mécaniques qui se déroulent dans des pays où la publicité pour le tabac est autorisée peut être assurée par les chaînes de télévision* » (art. L. 3511-5 du Code de la santé publique). C'est ensuite le Conseil supérieur de l'audiovisuel qui a élaboré un code de bonne conduite limitant aux compétitions binationales, à l'exclusion des compétitions multinationales, l'interdiction pour les chaînes de télévision de faire apparaître les publicités en faveur de l'alcool qui y sont parfois associées.

de sa capacité à faire face aux obligations posées par la loi en matière de lutte contre le jeu excessif ou pathologique[9].

C'est enfin et indirectement vrai du droit spécial du sport. En préparant et en accompagnant la reconversion des sportifs, la loi du 27 novembre 2015 visant à protéger les sportifs de haut niveau et professionnels et à sécuriser leur situation juridique et sociale contribue ainsi à éviter que le vide sportif ne laisse la place à un trop plein de substances. Le rapport « Karaquillo » sur les *Statuts des sportifs*[10], à l'origine de la loi, n'en faisait pas mystère en affirmant qu' « *une fin de carrière non-planifiée et/ou peu préparée conduit parfois à des situations très délicates à l'origine dans certains cas de comportements addictifs liés à la consommation excessive de substances (alcool, drogues) et l'émergence d'états dépressifs* »[11].

Le droit de la lutte contre le dopage constitue un autre exemple de l'intérêt spécial du droit pour les addictions en milieu sportif. En luttant contre le dopage sportif, le droit contribue assurément à la lutte contre les dérives toxicomanes qui peuvent y être associées[12]. Néanmoins, il s'agit là encore d'un simple intérêt indirect. Si « *santé des sportifs et lutte contre le dopage* » sont associées pour

---

[9] Lesquelles obligations sont prévues à l'article 26 de la loi : « *L'opérateur de jeux ou de paris en ligne titulaire de l'agrément prévu à l'article 21 est tenu de faire obstacle à la participation aux activités de jeu ou de pari qu'il propose des personnes interdites de jeu en vertu de la réglementation en vigueur ou exclues de jeu à leur demande. Il interroge à cette fin, par l'intermédiaire de l'Autorité de régulation des jeux en ligne et dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, les fichiers des interdits de jeu tenus par les services du ministère de l'intérieur. Il clôture tout compte joueur dont le titulaire viendrait à être touché par une interdiction ou une exclusion.*
Il prévient les comportements de jeu excessif ou pathologique par la mise en place de mécanismes d'auto-exclusion et de modération et de dispositifs d'autolimitation des dépôts et des mises. Il met également en place, pour les jeux de cercle en ligne définis à l'article 14, un dispositif d'autolimitation de temps de jeu effectif. Il communique en permanence à tout joueur fréquentant son site le solde instantané de son compte. Il informe les joueurs des risques liés au jeu excessif ou pathologique par le biais d'un message de mise en garde, ainsi que des procédures d'inscription sur les fichiers des interdits de jeu tenus par les services du ministère de l'intérieur. Un arrêté du ministre de la santé précise le contenu de ce message de mise en garde.
Il s'abstient d'adresser toute communication commerciale aux titulaires d'un compte joueur bénéficiant d'une mesure d'auto-exclusion sur son site et, dans le cas des joueurs auto-exclus définitivement, pendant la période durant laquelle ceux-ci ne peuvent solliciter à nouveau l'ouverture d'un compte. A compter du 1er janvier 2015, il s'abstient également d'adresser toute communication commerciale aux anciens titulaires d'un compte joueur dès lors qu'ils sont inscrits sur les fichiers des interdits de jeu mentionnés au premier alinéa et que l'opérateur dispose des informations personnelles relatives à ces joueurs permettant d'interroger ces fichiers dans le respect de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée ».

[10] http://www.sports.gouv.fr/Karaquillo/Karaquillo_Rapport.pdf

[11] p. 16

[12] Voir notamment J. FOUCART, P. VERBANCK et P. LEBRUN, « Dopage, pratique sportive et addiction – quels liens ? », *Rev Med Brux*, 2015, n°35, p. 485.

former le titre III du Code du sport, cette lutte est en réalité avant tout destinée à réprimer la triche sportive, à protéger l'intégrité des compétitions, à faire respecter l'égalité entre compétiteurs.

Il suffit pour s'en convaincre de rappeler le statut juridique de la cocaïne en droit du sport. Actuellement, celle-ci figure sur la liste des substances interdites en compétition, et non pas hors compétition[13]. Déjà très discutable du point de vue de l'amélioration des performances, dans la mesure où la prise de cocaïne permet de supporter des charges de travail plus lourdes à l'entrainement[14], cette distinction est une aberration du point de vue de la protection de la santé. Peu importe en effet que la prise de cocaïne ait lieu à l'entrainement ou en compétition au regard du risque de développer une consommation addictive.

Bien sûr, la consommation de cocaïne constitue en France un délit pénal ; mais pour un sportif comme pour n'importe qui. Le droit s'intéresse aux addictions en général ; pas tellement aux liens spécifiques entre sport et addictions.

[13] Voir liste des interdictions de l'Agence mondiale antidopage, janvier 2018, https://www.wada-ama.org/sites/default/files/prohibited_list_2018_fr.pdf ; et décret n°2018-6 du 4 janvier 2018 portant publication de l'amendement à l'annexe I de la convention internationale contre le dopage dans le sport, adopté à Paris le 15 novembre 2017.

[14] Voir A. LEVEAUX, *Sexe, drogue et natation : un nageur brise l'omerta*, Paris, Fayard, 2015.

Sports, dopage et addictions

Dr Marie-Claude GALLAND

Médecin pharmacologue

Comment intervenir après un grand professeur de droit qui a abordé le sport, les addictions et le droit, selon de très nombreuses approches ?

Tout d'abord considérons l'aspect antinomique des mots sports, dopage, addictions.

Alors que le sport permet de lutter contre certaines addictions, le sport peut être lui-même addictif, dès qu'il est pratiqué de façon intensive. La recherche de la sécrétion de l'adrénaline, des endorphines, de la dopamine puis de la sérotonine est un besoin, même pour le sportif habituel qui n'est pas dans un esprit de compétition. Comme nous venons de l'entendre : « *Je t'en prie chéri-e, reprend ton footing, ce n'est plus vivable quand tu t'arrêtes* ». Pour le Sportif de haut niveau, s'ajoute l'addiction aux podiums, à la célébrité, aux honneurs, l'argent et il est bien difficile de s'arrêter, remplaçant parfois l'emploi de produits dopants par d'autres produits addictifs.

Une étude de 1999[1] montrait que sur les 378 patients sous méthadone étudiés, 50% avaient fait du sport de façon intensive. Le Centre thermal de Saint Gervais Mont-Blanc était connu pour son accueil d'anciens sportifs devenus toxicomanes.

Comment devient-on toxicomane en étant sportif ? Parfois avec certains produits dopants, illégaux que nous verrons plus loin, ou légaux, moins connus pour être des produits dopants.

– *L'alcool*, interdit en compétition dans trois types de sports (Aéronautiques, Motonautiques, Automobiles) et le Tir à l'arc jusqu'au 31 décembre 2017, il sort de la liste[2] de l'Agence Mondiale Antidopage (AMA) au 1er janvier 2018).

– *La nicotine*. Un vrai sportif peut-il être un fumeur ? Si le fumeur absorbe de la nicotine, c'est avec de l'oxyde de carbone et cela le pénalise, mais s'il se dope avec des patchs ou des cigarettes électroniques, l'accès à la nicotine est direct

[1] https://www.letemps.ch/sport/1999/09/24/une-majorite-toxicomanes-anciens-sportifs
[2] https://www.wada-ama.org/sites/default/files/prohibited_list_2018_fr.pdf

et sans produits ajoutés. La nicotine a un effet stimulant extrêmement fort, allié à un effet relaxant.

En 2011 le laboratoire antidopage de Lausanne a étudié[3] **2185 échantillons de sportifs de haut niveau de 43 disciplines. 23% d'entre eux comportaient des traces de nicotine** avec des niveaux de concentration correspondant à une prise du produit dans les trois jours précédents le relevé urinaire pour 18,3% des échantillons. Il ne s'agissait vraisemblablement pas de cigarettes fumées mais de prise de nicotine en direct comme vu plus haut ou avec du SNUS. Ce tabac séché à priser, qui vient de Suède et de Norvège, bien connu des sports pratiqués en hiver, mais aussi du foot américain, s'utilise sous forme de petit sachet placé entre la lèvre supérieure et la gencive. Certains y ajoutent même du verre pilé pour un passage encore plus direct dans la circulation.

L'usage de la nicotine est en augmentation. Mise sur la liste des produits sous surveillance de l'AMA en 2012 à la suite de cette étude, elle devrait être sur la liste des produits dopants puisqu'elle aide à la performance, est nuisible à la santé et que sa prise n'est pas *fair-play* par rapport au sport alors que l'Agence Mondiale Antidopage considère un produit comme dopant devant figurer sur la liste annuelle de produits interdits quand il répond à deux de ces trois conditions. La nicotine devrait donc figurer sur la liste des produits dopants.

Le Dr Jean Pierre de Mondenard, éminent spécialiste du dopage, fait, dans son dictionnaire du dopage[4], mention de dosages lors des jeux olympiques de 1976 avec des « *quantités astronomiques de nicotine correspondant à la consommation de quatorze paquets de cigarettes en une seule journée* ».

Mais il est difficile de différencier un sportif qui fume d'un sportif qui se dope à la nicotine. Il faudrait mettre un seuil et comme il y a des avocats spécialisés dans cette défense, il y aurait un risque de combats d'avocats comme pour *la caféine*, placée sur la liste des produits dopants de 1982 jusqu'en 2004, retirée faute de pouvoir faire la différence entre buveur de café et dopé (et sous la pression de fabricants de boissons à la caféine très connues), elle est toujours sur la liste de surveillance depuis, et son emploi est en augmentation. Anquetil disait préférer la prendre en intraveineuse pour éviter le passage hépatique du café et être plus performant.

Le mot dopage, normalement ne s'adresse qu'aux sportifs compétiteurs dans des manifestations organisées par des fédérations françaises ou internationales reconnues par le CIO. C'est ainsi que les culturistes au profil pourtant évocateur ne peuvent être contrôlés en compétition. S'il n'y a pas de

[3] https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21719221?dopt=Abstract
[4] Dictionnaire des substances et procédés dopants en pratique sportive, Masson, 1991, 280 pp. (Nicotine, pp. 173-176).

« dopage » chez le non sportif ou le sportif non compétiteur, il existe les conduites dopantes chères au Dr Patrick Laure, grand spécialiste du dopage, venu à La Réunion faire des formations sur le sujet.

Il est bien difficile de s'y retrouver dans les noms chimiques, les formules des produits dopants des listes de l'Agence Mondiale Antidopage. Parmi ces listes quelques produits seulement que nous allons passer brièvement en revue peuvent être addictogènes. Certains sont interdits uniquement en compétition.

– *Les dérivés morphiniques* classés en S7 sont employés comme anti-douleurs, bien connus comme addictogènes. Nous ne détaillerons pas leurs effets. Trois dérivés opioïdes sont sur la liste de surveillance[5], et donc ne sont pas interdits, le tramadol, l'hydrocodone et la codéine, qui n'est plus vendue que sur ordonnance depuis le 1er juillet 2017.

– *Le cannabis* (S8) est aussi sur la liste des produits dopants. Il donne une addiction psychologique et si le « *zamal* » est surtout employé comme relaxant, pour faciliter le sommeil, à petite dose, ou comme antalgique, comme l'employaient les gramounes auparavant, il peut sérieusement perturber un match tel ce joueur d'une équipe chargée qui ne savait plus où était les buts et a marqué plusieurs fois contre son camp.

Les dosages positifs au cannabis étant très fréquents, alors qu'ils ne sont pas toujours en rapport avec le dopage, l'AMA a modifié le seuil du métabolite du Tetrahydrocanabinol recherché dans les urines le carboxy-THC (THC-COOH) faisant passer le seuil maximum autorisé de **15 à 150** nanogrammes par millilitre. « *Ceci permettrait de réduire de **90 % les contrôles positifs** au cannabis et d'isoler les réels tricheurs* ». Comme pour la caféine et la nicotine, on a tenu compte de l'usage hors dopage, mais là, il s'agit d'un produit dont l'usage est interdit.

La liste des stimulants est longue. Parmi ceux-ci :

– Ce sont les *amphétamines* qui ont fait prendre conscience de la gravité potentielle du dopage quand un jour de juillet 1967, Tom Simpson qui grimpait le Ventoux par un grand soleil s'écroula devant les caméras de télévision et ne put être réanimé : chaleur, déshydratation, effort, les tubes d'amphétamines qu'on a retrouvés dans ses poches et dans son sang. L'impensable était arrivé : un cycliste était mort sur le tour de France. Ce produit semblait alors normal pour les sportifs.

[5] https://www.wada-ama.org/fr/ressources/science-medecine/programme-de-surveillance

Plusieurs facteurs en cause. Les amphétamines diminuent la sensation de fatigue et incitent à continuer les efforts, elles donnent une hyperthermie, diminuent la faim et donnent soif.

Les amphétamines n'étaient pas considérées comme illicites et ont été utilisées jusque dans les années 70. Maurice Herzog, alors ministre des sports, ne s'est pas caché d'avoir pris du Maxiton® (dexamphétamine) pour arriver au sommet de l'Annapurna en 1950 et qu'il n'aurait pu le faire sans cela.

D'autres allaient plus loin. En cyclisme circulait le pot belge, mélange d'amphétamine, d'héroïne, de cocaïne, d'antalgiques dont de la morphine et divers autres ingrédients, qui ont circulé pendant longtemps avant l'emploi de produits plus sophistiqués.

– *L'éphédrine* a été beaucoup utilisée pour son effet stimulant mais aussi pour perdre du poids, pour sécher les muscles. On lui doit un certain nombre d'AVC, de défaillances cardiaques et de décès. Lorsqu'elle a été complètement interdite par la FDA, l'éphédrine a fait l'objet de trafic à grande échelle, fabriquée notamment dans la partie non européenne de Chypre, loin des contrôles. Ses petites sœurs, moins efficaces ont pris le relais : la pseudo-éphédrine (employée dans les médicaments anti-rhumes) et la synéphrine qui sont sur la liste de surveillance de l'AMA.

Elle faisait partie de la première formule du *Red Bull* ! Il en existe encore dans les produits pour « sécher » et compléments alimentaires divers vendus sur internet garantissant un amaigrissement rapide

– Un autre stimulant, *la cocaïne* dont vient de parler le Pr Maisonneuve**,** est utilisée comme produit dopant et, comme le cannabis, elle n'est interdite qu'en compétition. Produit récréatif autorisé ? C'est une drogue aussi. Certains comme Pantani sont morts de leur addiction à la cocaïne, non exclusivement dans le monde sportif. Un certain nombre de personnes du monde du spectacle, de la politique ou de dirigeants en prennent « pour tenir le coup ». Conduite dopante plus courante que l'on ne croit.

Des stéroïdes sont sur la liste de l'AMA et les média confondent parfois cortico-stéroides et stéroïdes, sous-entendu Stéroïdes Anabolisants Androgènes (SAA). Ils ont le même noyau stérol mais sont très différents.

– Les premiers, *les corticostéroïdes ou glucocorticoïdes* classés en S9 sont très employés par les sportifs. Tous les glucocorticoïdes par voie orale, intraveineuse, intramusculaire ou rectale sont interdits en compétition. Ils bénéficient souvent d'autorisations d'usage à des fins thérapeutiques (AUT), parfois rétrospectives pour blanchir des sportifs de haut niveau. L'Agence Mondiale Antidopage a élargi les utilisations et pourrait interdire les corticoïdes

employés par voie cutanée qui masquent les prises par voie générale. Ils ne donnent pas de réelle addiction mais peuvent donner lieu à des sevrages avec insuffisance surrénale aux conséquences graves.

– *Les stéroïdes anabolisants androgènes* (SAA) (S1 sur la liste de l'AMA) sont interdits en et hors compétition. Ils sont très nombreux. Dérivés ou précurseurs de la testostérone, ce sont des produits dont l'effet addictif est contesté et peu connu car ces addictions n'arrivent pas chez tous les consommateurs. Il n'existe pas non plus avec tous les SAA et ce sont les SAA les plus androgènes qui sont les plus addictifs.

Ils répondent aux critères de l'addiction :

- dépendance, avec une augmentation des doses de 5, 10 à 100 fois la dose préconisée quand ils étaient prescrits

- poursuite des prises malgré les nombreux effets secondaires, bien explicités sur internet, un peu moins reconnus par les utilisateurs qui n'auront peut-être ces effets que des années plus tard

- et syndrome de sevrage conduisant à des états dépressifs sévères et à une recrudescence d'agressivité et de violence.

En plus des nombreux effets secondaires que nous ne détaillerons pas, avec risques de cancers, de virilisation chez la femme, d'atteintes hépatiques graves, de thromboses, de tendinites sévères, et même de handicaps chez les enfants d'hommes ou de femmes dopés, il est une caractéristique importante. Les SAA peuvent donner des troubles psychologiques très sévères, des troubles de l'humeur mais surtout une agressivité, recherchée par le sportif, ou les agents de sécurité, par le jeune qui veut prouver sa virilité, agressivité qui le plus souvent ne régressera pas, même à l'arrêt des prises de longue durée. Cette agressivité avec sautes d'humeur, accès de violence peut conduire, rarement heureusement, à des « *roïd rage* », un état de rage décrit comme irrépressible par les utilisateurs, surtout après usage d'alcool et parfois chez des gens déclarés comme gentils et sans problèmes. On lit cela parfois dans les journaux de personnes ayant agressé leurs *dalons*, leurs parents, leur femme, pouvant aller jusqu'au meurtre : il y a eu 6 féminicides cette année dont un en métropole.

Un certain nombre de sportifs ont tué des membres de leur famille, comme Chris Benoit, célèbre lutteur canadien, qui a tué femme et enfant en 2007 avant de se suicider et même comme un sportif célèbre pour avoir couru avec les valides malgré ses prothèses et qui a tué sa compagne un jour de Saint-Valentin 2013 : « *La probabilité que les stéroïdes anabolisants aient influé sur le comportement d'Oscar Pistorius est proche de 100%* » dit l'éminent spécialiste du dopage Jean Pierre Mondenard.

Quelques questions se posent alors :

Lorsqu'un homme tue sa femme, triste record à La Réunion, ne devrait-on pas rechercher la prise de SAA en plus de l'alcool, du cannabis ou des médicaments comme l'Artane® souvent invoqués ? Ne devrait-on pas y penser quand certains font des sports connus pour demander un profil et une force particulière (Kickboxing dans plusieurs cas de meurtres à La Réunion), quand une femme dit que par sa carrure et sa violence son mari la terrorise quand il boit ?

En Suède, où plusieurs études ont montré une relation entre comportements asociaux et / ou violents, il est procédé à des recherches urinaires systématiques de SAA devant tout acte particulièrement agressif : ils sont positifs à 30%.

Pourquoi faire ces dosages qui coutent très chers ? Certainement pas pour que ce soit un facteur diminuant la responsabilité de l'agresseur mais pour prévenir les récidives, pour qu'existe une prise en charge réelle de ces addictions, par des addictologues, des endocrinologues, des psychologues, des équipes au fait de la question.

Pour qu'existe une information des médecins et paramédicaux, des équipes sociales, des forces de sécurité, sans que ce soit à très grande échelle pour éviter une plus grande utilisation comme après les réflexions de Mac Gire aux USA qui s'était vanté de gagner grâce à la prise de pro-hormones, précurseurs de SAA. Ses dires, son physique imposant et ses résultats ont fait multiplier les ventes de SAA parmi les adolescents américains de 5 millions de dollars à 100 millions de dollars. Il s'agit de ne pas inciter les jeunes à prendre ces produits.

On ne peut protéger une personne dépendante contre elle-même a-t-il été dit tout à l'heure. Mais il s'agit là de protéger la société et d'éviter des addictions aux risques gravissimes. Je pense que nous avons une action à mener pour protéger ces femmes victimes de violences, pour protéger d'autres personnes de la société réunionnaise contre ces personnes qui commettent des actes violents devant qui on dit que c'est l'effet de l'alcool… et si ce n'était pas que l'alcool ? Et si nous pouvions faire quelque chose pour prévenir au moins les récidives (et ce, d'autant que l'usage des SAA est en forte augmentation à La Réunion) ?

De la prohibition des drogues à la réduction des risques liés à leur usage

Note prospective sur une antinomie juridique*

Renaud COLSON

Maître de conférences à l'université de Nantes

Membre du laboratoire Droit et Changement Social (UMR CNRS 6297)

Introduction

La prohibition qui pèse sur les stupéfiants n'est pas l'écho juridique d'un interdit anthropologique immémorial[1]. C'est une institution récente qui s'est développée au début du 20e siècle, dans un certain nombre d'Etats occidentaux, avant d'être progressivement étendue à l'ensemble du globe par plusieurs traités internationaux[2]. En France, l'idée prohibitionniste prend juridiquement corps pendant la première guerre mondiale. Destinée à « *protéger la santé et la morale de la nation* »[3], la loi du 12 juillet 1916 sanctionne la vente, l'achat et l'emploi des opiacés et du haschich, et punit leur usage en société. Le dispositif est résolument répressif et ne prévoit aucun volet sanitaire[4].

Le droit positif, qui à l'origine traitait l'usage de stupéfiant comme un problème criminel justifiant une répression de type classique, s'est progressivement ouvert à des mesures de sûreté curatives applicables aux toxicomanes. Cette approche s'est exprimée avec force dans la loi du 31 décembre 1970 « relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite de substances vénéneuses ». Dans ce texte,

---

* Ce texte reprend une contribution préalablement acceptée pour publication dans les *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*.

[1] Pour une introduction à la longue histoire des drogues avant qu'elles ne soient interdites, voir E. RETAILLAUD-BAJAC, *Les drogues. Une passion maudite*, Paris, Gallimard, 2002.

[2] Sur l'origine de cette réglementation internationale, voir F.-X. DUDOUET, *Le grand deal de l'opium. Histoire du marché légal des drogues*, Paris, Éditions Syllepse, 2009. Et sur l'histoire diplomatique du droit international des drogues, voir W.B. MCALLISTER, *Drug diplomacy in the twentieth century. An international history*, London, Routledge, 2000.

[3] E. RETAILLAUD-BAJAC, *Les paradis perdus. Drogues et usagers de drogues dans la France de l'entre-deux-guerres*, Rennes, PUR, 2009, p. 33

[4] Sur « l'odyssée de la loi de 1916 », voir. C. BACHMANN et A. COPPEL, *La drogue dans le monde*, Paris, Albin Michel, 1991, pp. 296 et s. ; voir également I. CHARRAS, « Genèse et évolution de la législation relative aux stupéfiants sous la Troisième République », *Déviance et Société*, 1998-4, p. 367.

le législateur assimile la consommation de stupéfiants à une pathologie et organise le traitement médico-social des toxicomanes. L'esprit du droit demeure fondamentalement prohibitionniste[5] : l'usager de drogues est considéré comme un délinquant passible d'une peine d'un an de prison. Mais il peut néanmoins prétendre échapper aux poursuites judiciaires s'il s'engage dans une démarche thérapeutique ayant l'abstinence pour finalité.

Les dispositions de la loi de 1970, aujourd'hui intégrées au Code de la santé publique et au Code pénal, constituent toujours le socle du droit de la drogue français. Elles ont pour objectif de contraindre les usagers de stupéfiants, par le soin ou la sanction, à renoncer à leurs pratiques[6]. Mais progressivement, à la faveur d'interventions législatives rendues nécessaires par la persistance des consommations illicites, d'autres dispositifs ont été mis en place : libéralisation de la vente puis développement de programmes d'échange de seringues, ouverture de structures d'accueil à « *bas-seuil* », autorisation de traitements de substitution aux opiacés, et très récemment, ouverture de deux salles de consommation à moindre risque… Ces mesures, dites de « *réduction des risques* », visent à traiter les conséquences sanitaires et sociales les plus néfastes de l'usage de drogues sans exiger de leurs destinataires qu'ils abandonnent, du moins immédiatement, leurs consommations[7].

Devant les succès de cette stratégie, qui s'est développée à l'origine en dehors de tout cadre juridique et souvent à la limite de la légalité[8], les parlementaires les plus réticents se sont inclinés. Le principe de la réduction des risques a été consacré par la loi du 9 août 2004 qui organise la prévention « *des dommages sociaux et psychologiques liés à la toxicomanie* » (art. L3121-4 du Code de la santé publique). Les mesures d'aménagement à la marge sont devenues une politique publique à part entière. Mais cette reconnaissance légale de la réduction des risques révèle-t-elle pour autant un changement de politique juridique ? Rien n'est moins sûr. En effet, et aussi surprenant que cela paraisse, on n'a jamais autant puni les usagers de drogues qu'aujourd'hui. À la faveur d'une hausse continue des interpellations et de l'apparition de modes accélérés de traitement des délits, la punition des « drogués » est devenue une réalité

[5] J. BERNAT DE CELIS, *Drogues : consommation interdite. La genèse de la loi sur les stupéfiants*, Paris, L'Harmattan, 1996.

[6] Sur la dualité du statut de l'usager de stupéfiants dans la loi de 1970, voir R. COLSON, « Le traitement légal de l'usager de drogues illicites », in R. COLSON (dir.), *La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique*, Rennes, PUR, 2005, p. 33.

[7] Pour une interprétation sociologique du développement tardif de la politique de réduction des risques en France, voir H. BERGERON, *L'Etat et la toxicomanie*, Paris, PUF, 1999. Rappr. G. LE NAOUR, *Drogues, Sida et action publique. Une très discrète politique de réduction des risques*, Rennes, PUR, 2010.

[8] En ce sens, voir A. COPPEL, *Peut-on civiliser les drogues ? De la guerre à la drogue à la réduction des risques*, Paris, La Découverte, 2002.

institutionnelle incontournable de ces vingt dernières années[9]. Comment le droit peut-il conférer un statut légal à des dispositifs destinés à sécuriser les conditions de consommation de produits dont l'usage est par ailleurs interdit et massivement sanctionné ? Répondre à cette question requiert de se pencher sur l'articulation de la prohibition et de la réduction des risques, deux logiques juridiques apparemment antinomiques (I) dont les dynamiques respectives laissent présager, à plus ou moins long terme, la substitution de la seconde à la première (II).

I.- L'articulation de logiques juridiques antinomiques

La réduction des risques liés à l'usage de drogues s'est développée sous la forme d'expérimentations sanitaires et sociales isolées, un archipel de mesures ne faisant pas vraiment système[10]. Il est néanmoins possible d'y voir l'expression d'un modèle d'action publique cohérent entrant en contradiction avec le principe prohibitionniste (A) auquel elle déroge (B).

A.- Opposition des modèles

Les politiques publiques inscrites dans l'ordre du droit évoluent dans le temps et varient dans l'espace. Il convient donc d'insister en préambule sur la variété des formes institutionnelles que peuvent revêtir la prohibition des drogues et la réduction des risques liés à leur usage. Il est néanmoins possible de modéliser chacune de ces approches, au risque de les simplifier, afin de saisir la spécificité de leurs logiques respectives[11].

Le modèle prohibitionniste peut être résumé en une phrase : « *l'interdiction générale et absolue de tout usage, de tout commerce et de toute production de drogues illicites, sous peine de sanctions répressives* »[12]. Les dispositifs juridiques mis en œuvre dans ce cadre ont pour finalité essentielle l'éradication de la consommation de stupéfiants. Ils mobilisent les forces de l'ordre et la justice

[9] Pour une mise en perspective sur trois décennies, voir I. OBRADOVIC, « Trente ans de réponse pénale à l'usage de stupéfiants », *Tendances*, n°103, OFDT, 2015. Rappr. J.-P. JEAN, « La répression aggravée des usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007 », *Archives de politique criminelle*, 2009/1, n°31, p. 145. Et du même auteur, « Les transformations de la politique criminelle envers les usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007 », *AJ Pénal*, n°4, 2010, p. 182.

[10] F. MENNERET, « La réduction des risques, une pensée en archipel », in C. DEBAULIEU, N. LUHMANN, O. MAGUET, *Histoire & principes de la réduction : Entre santé publique & changement social*, Paris, MDM/AFD, 2013, p. 7.

[11] Cette tentative de modélisation s'inspire librement de A. WODAK, « What is this thing called harm reduction? », *International Journal of Drug Policy*, vol. 10, 1999, p. 169.

[12] F. CABALLERO et Y. BISIOU, *Droit de la drogue*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 96.

pour apporter un réponse punitive rigoureuse aux trafics de drogues mais également à leur simple usage. L'une des conséquences en est la marginalisation des consommateurs qui, dès lors qu'ils refusent l'objectif d'abstinence imposé, font l'objet de mesures sanitaires ou pénales contraignantes. La mesure du succès du modèle prohibitionniste dépend avant tout de la consommation globale de drogues illicites, indépendamment d'autres variables sanitaires et sécuritaires.

La réduction des risques repose pour sa part sur un raisonnement différent : « *il vaut mieux ne pas consommer de drogues, mais si certains en consomment néanmoins, il convient de les encourager à utiliser les produits les moins dangereux dans un cadre sécurisé* »[13]. Le postulat de cette approche est qu'il n'est pas de société sans drogue. Dans cette perspective, la finalité du droit n'est plus l'éradication de la consommation de stupéfiants mais la réduction de ses conséquences les plus néfastes. La mise en œuvre de cet objectif repose sur la mobilisation des professionnels de santé et des travailleurs sociaux qui prodiguent informations sanitaires et accompagnement social. Les dispositifs de réduction des risques, en n'exigeant pas des usagers l'arrêt immédiat de leur consommation, présentent une forte dimension inclusive. La mesure du succès de cette approche réside dans des indicateurs de santé publique, de sécurité publique et d'intégration sociale, non dans le niveau général de consommation de drogues

Le modèle prohibitionniste et celui de la réduction des risques apparaissent théoriquement inconciliables, tant sur le plan des finalités que des modalités de mise en œuvre. Mais ils sont en pratique tous deux consacrés par le droit français, au risque de la contradiction. Dès lors que l'usage de stupéfiants est élevé au rang de délit, le Code pénal (art. 121-7) requiert de sanctionner le complice « *qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation* ». N'est-ce pas précisément là l'objet des dispositifs institutionnels de réduction des risques : aider et assister les consommateurs de stupéfiants dans leurs pratiques pour les sécuriser ? La juxtaposition, dans l'ordre du droit, d'un principe prohibitionniste et d'une politique de réduction de réduction est ainsi constitutive d'une antinomie, une figure juridique qui se caractérise par la coexistence de normes contradictoires[14].

[13] A. COPPEL, « La réduction des risques liés à l'usage de drogues : stratégie de changement des politiques à l'égard des drogues ? », in R. COLSON (dir.), *La prohibition des drogues, op. cit.*, p. 121.

[14] Sur la définition de l'antinomie juridique, voir Ph. GERARD, « Antinomie », in A.-J. ARNAUD et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 35.

B.- Combinaison des modèles

Deux normes juridiques en contradiction ne sont pas des propositions dont l'une est vraie et l'autre fausse mais plutôt des « *directives relatives à un même objet* » et incompatibles entre elles[15]. Sachant que « *les règles de droit ne sont pas appliquées telles qu'elles sont énoncées (...) mais telles qu'elles sont interprétées* »[16], l'antinomie n'existe que si l'incompatibilité entre règles juridiques est reconnue par les autorités officielles en charge de leur interprétation. Dans le champ du droit de la drogue, la contradiction est généralement passée sous silence, l'interdit pénal s'effaçant discrètement à mesure que le risque sanitaire croît. Ainsi, la libéralisation par décret de la distribution des seringues a donné lieu, en son temps, à de fortes résistances[17], mais aucune décision juridique n'a constaté son incompatibilité avec les textes législatifs prohibitionnistes. Cette discrétion remarquable des interprètes officiels du droit sur les contradictions légales dont sont porteurs les dispositifs de réduction des risques a permis leur développement à bas bruit.

C'est le projet d'ouverture des salles de consommation à moindre risque, espaces d'accueil où les usagers peuvent consommer leurs drogues dans de meilleures conditions d'hygiène et de sécurité[18], qui a rendu explicite le conflit juridique entre le principe prohibitionniste et la politique de réduction des risques. Une expertise collective de l'Inserm ayant mis en lumière les résultats très positifs de ces salles à l'étranger[19], le gouvernement a envisagé leur expérimentation en France. Mais saisie d'un projet de décret en ce sens, la section sociale du Conseil d'Etat a rendu un avis défavorable[20] au motif que l'ouverture d'espaces où « *sont accueillis des usagers de substances psycho-actives qui consomment sur place des substances qu'ils apportent* » méconnaissait l'interdiction pénalement sanctionnée de l'usage de stupéfiant mentionnée à l'article L3421-1 du code de la santé publique. Cet avis a amené le Parlement à intervenir pour autoriser par voie légale, à titre expérimental et pour une durée limitée[21], l'ouverture de salles de consommation à moindre risque, et à édicter une immunité pénale pour les

---

[15] C. PERELMAN, « Les antinomies en droit - Essai de synthèse », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 393.
[16] *Ibid.*
[17] A. MARCHANT, « La "légende noire" du décret Barzach », *Swaps*, n°66, 2012, p. 19.
[18] M. JAUFFRET-ROUSTIDE, « Les salles de consommation à moindre risque. De l'épidémiologie à la politique », in H. BERGERON, R. COLSON (dir.), *Les drogues face au droit*, Paris, PUF, 2015, p. 45.
[19] Inserm (dir.), *Réduction des risques infectieux chez les usagers de drogues*, Paris, Les éditions Inserm, 2010.
[20] Avis n°387918 rendu le 08/10/2013 par la Section sociale du Conseil d'Etat sur le « *projet de décret relatif aux expérimentations locales en matière de réduction des risques en direction des usagers de drogues* ».
[21] Art. 43 de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

personnes y faisant usage de drogues et les professionnels qui les accompagnent à cette occasion[22].

Cette séquence montre bien comment les antinomies juridiques requièrent, pour être résolues, que la suprématie soit accordée à l'un des membres de la contradiction sur l'autre. Illustration de la supériorité du principe prohibitionniste sur la logique de réduction des risques, l'avis du Conseil d'Etat n'était certes pas un obstacle dirimant à l'ouverture de salles de consommation. Le législateur l'a d'ailleurs finalement autorisé, mais au prix d'une longue gymnastique juridique établissant une exception à la règle générale. En dépit de sa reconnaissance légale comme un axe de la politique de santé publique depuis 2004, la réduction des risques demeure juridiquement subsidiaire. Sa progressive montée en puissance n'entame apparemment en rien le modèle prohibitionniste. Tout au plus établit-elle certaines dérogations au principe d'interdiction, lequel cède le pas, ponctuellement et dans des cas limites clairement identifiés. Ce type d'ajustement légal suffit à maintenir une cohérence technique au droit en vigueur. Mais c'est au risque d'entamer son harmonie idéologique, laquelle ne pourra se reconstituer qu'en substituant un modèle juridique à l'autre.

II.- La substitution de la réduction des risques à la prohibition

L'analyse juridique de la politique française de lutte contre les drogues éclaire son caractère potentiellement contradictoire, entre une logique de réduction des risques en expansion et un principe prohibitionniste indéboulonnable. Dans une perspective dynamique, cette combinaison peut s'interpréter comme l'indice du basculement d'un modèle à l'autre, le premier voyant sa validité se renforcer au détriment du second (A) avant de s'y substituer progressivement (B).

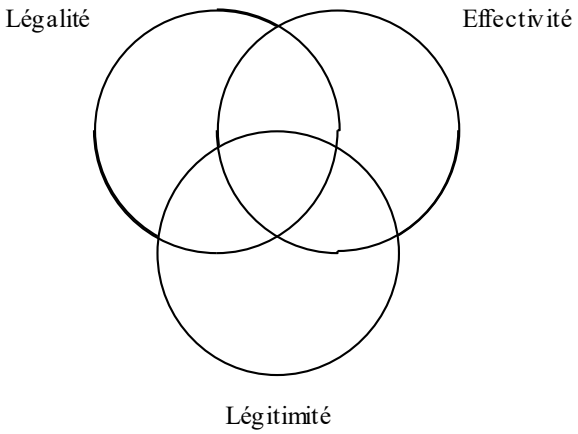
A.- Validité des modèles

Le développement des mesures de réduction des risques, dont l'ouverture de salle de consommation constitue un exemple paradigmatique, témoigne d'un lent processus de corrosion du principe prohibitionniste. Celui-ci perd, dans certains contextes, sa force au profit de dispositifs qui autorisent *de jure* la détention de drogues illicites pour en domestiquer l'usage. Ce mouvement peut s'interpréter comme un affaiblissement de la validité juridique de l'interdit pesant sur les produits stupéfiants.

[22] P. MORVAN, « La salle de shoot : lieu d'asile en droit pénal », *Droit pénal*, 2016, étude 7.

On peut concevoir, suivant les travaux de François Ost, la validité juridique d'une règle ou d'une institution comme le produit d'un équilibre entre sa légalité, sa légitimité et son effectivité[23]. Dans cette perspective, la validité du principe prohibitionniste comme celle des règles de réduction des risques est susceptible d'être établie en référence à trois critères distincts. Premièrement, leur validité formelle, c'est-à-dire leur légalité, leur conformité aux standards d'appartenance à un système de droit déterminé. Deuxièmement, la validité empirique de ces normes, c'est-à-dire leur effectivité, le degré d'obéissance que leur accordent les destinataires dont elles ont vocation à encadrer le comportement. Troisièmement, leur validité axiologique, leur légitimité qui se concrétise par leur conformité à certaines valeurs méta-positives.

Ces trois pôles, pour être différenciés, n'en sont pas moins interdépendants : les trois dimensions de la validité interagissent. Si l'on admet que ces critères, susceptibles de degrés, délimitent différents champs de validité se recoupant partiellement, on doit nécessairement concevoir la validité juridique comme un phénomène pluriel et gradualiste. Afin de visualiser cette conception, François Ost la présente sous la forme de trois cercles sécants, chacun représentant l'un des aspects de la validité[24].



La vie du droit s'illustre ainsi par l'existence de normes et de dispositifs juridiques formellement valides qui demeurent inappliquées ou sont vigoureusement contestés sur le terrain des valeurs. Le droit de la drogue n'échappe pas à ce constat. Ses évolutions au cours des 30 dernières années démontrent que le modèle prohibitionniste voit sa validité juridique s'affaiblir.

[23] F. OST, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, not. le chap. 5 : « Essai de définition et de caractérisation de la validité juridique », p. 257.
[24] *Ibid.* p. 287.

La prohibition, incapable d'atteindre ses objectifs, est ineffective. Certes, les forces de l'ordre interpellent et les institutions judiciaires sanctionnent, mais sans succès. La prévalence de l'usage de drogues illicites n'apparait déterminée que marginalement par le régime juridique en vigueur[25]. Et la rigueur de la répression ne fait pas baisser le niveau de consommation. Quant aux réseaux de trafiquants, ils sont rarement démantelés et le cas échéant immédiatement reconstitués[26]. La dimension industrielle prise par la production et les trafics de drogues, malgré des décennies de lutte policière et judiciaire, ruine l'espoir d'une riposte pénale significative.

Le constat de l'ineffectivité de la prohibition affecte la légitimité de cette norme. En dépit du bruit de fond généré par le populisme pénal[27], la répression des consommateurs de drogues ne fait l'objet d'aucun consensus. La normalité sociale de l'usage de stupéfiants est attestée par une consommation massive et par le traitement complaisant que lui réservent les médias de masse. Les experts en addictologie laissent entendre que l'interdit ne constitue pas la réponse la plus opératoire aux défis de santé que posent la toxicomanie[28], et certains policiers n'hésitent plus à pointer son caractère contre-productif en termes de sécurité publique[29]. Il en résulte un affaiblissement du principe prohibitionniste qui, s'il conserve le bénéfice de la légalité, est par ailleurs de plus en plus contesté. A l'inverse, les dispositifs de réduction des risques voient leur validité juridique se renforcer. Ils se sont développés à l'origine en dehors du droit mais leur effectivité et leur légitimité à finalement amené le législateur à les consacrer dans la loi.

B.- Dynamique des modèles

La dynamique qui caractérise le droit de la drogue français laisse imaginer, à terme, la perte totale de validité du modèle prohibitionniste. L'ineffectivité du

---

[25] La France – l'un des pays européens à la législation la plus répressive et néanmoins l'un de ceux où la consommation de cannabis est la plus élevée – illustre cette idée contre-intuitive et néanmoins confirmée par de nombreuses études. Voir par exemple : C. REINARMAN, P. COHEN, H. KAAL, « The limited relevance of drug policy: Cannabis in Amsterdam and in San Francisco », *American Journal of Public Health*, 2004, 94(5), p. 836 ; D. KORF, « Dutch coffee shops and trends in cannabis use », *Addictive Behaviors*, 2002, 27(6), p. 851 ; et plus récemment, Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, *Cannabis legislation in Europe: An overview*, Luxembourg, Publication de l'Union européenne, 2017, spéc. pp. 22-23.

[26] N. LALAM, « Les marchés locaux de la drogue », in H. BERGERON, R. COLSON (dir.), *Les drogues face au droit, op. cit.*, p. 55.

[27] De manière générale, sur l'évolution du débat public sur la justice pénale qui se caractérise, notamment, par un désir accru de répression indifférent à l'efficacité de la punition, voir D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Fayard, 2010.

[28] Voir par exemple J.-L. VENISSE, « La référence à l'interdit légal dans la dynamique de la cure », in R. COLSON (dir.), *La prohibition des drogues, op. cit.*, p. 89.

[29] S. SUPERSAC et S. GATIGNON, *Pour en finir avec les dealers*, Paris, Grasset, 2011.

principe d'interdiction fragilisant ses fondements axiologiques, celui-ci est destiné à s'effacer progressivement pour que s'y substitue une logique de régulation, laquelle peut seule permettre un développement plus vigoureux de la réduction des risques.

Jusqu'à maintenant, celle-ci a été essentiellement orientée vers la prévention des infections et des surdoses mortelles, et vers la prise en charge des troubles psychiatriques aigus associés à la consommation de drogue illicite[30]. Mais le champ d'intervention de la réduction des risques n'est pas théoriquement limité aux usages les plus problématiques des drogues illicites les plus dures. Il est susceptible de s'étendre à l'ensemble des consommations, y compris celles des personnes non toxicodépendantes, et à toutes les drogues qu'elles soient illicites ou non. Dans cette perspective, on peut imaginer que l'usage récréatif et occasionnel de cannabis ou de cocaïne fasse l'objet d'une information sanitaire sincère sur les risques associés à ces produits et sur les modes de prise les moins dangereux. Par un mouvement inverse, l'interdiction de présenter l'usage de stupéfiants sous un jour favorable pourrait être étendue à l'alcool dont la publicité est aujourd'hui autorisée en dépit de sa nocivité. S'engager dans cette direction requiert néanmoins de relativiser le principe prohibitionniste et la *summa divisio* qu'il institue entre drogues licites et drogues illicites[31].

La logique de réduction des risques peut être encore approfondie en l'appliquant non seulement aux dommages causés par l'usage de drogues, mais également à ceux engendrés par la politique des drogues elle-même. Il est aujourd'hui acquis que l'interdit juridique pesant sur des stupéfiants induit un certain nombre de conséquences sanitaires et sécuritaires indésirables. La prohibition s'accompagne de la constitution d'une économie informelle propice à la circulation de produits d'autant plus dangereux pour les consommateurs qu'ils ne font l'objet d'aucune traçabilité et d'aucun contrôle de qualité. Par ailleurs, en l'absence d'instance tierce de règlement des différends commerciaux entre trafiquants, c'est la loi du plus fort qui s'applique à leurs relations. La violence du marché de la drogue, qui compte parmi les externalités négatives les plus graves de la prohibition, n'affecte pas uniquement les consommateurs et les vendeurs : elle concerne la société dans son ensemble. Réduire ces risques sanitaires et sécuritaires n'est possible que dans le cadre d'une régulation juridique des drogues aujourd'hui illicites. Il faut pour cela abandonner le principe même de l'interdit et envisager une légalisation contrôlée des produits jusqu'alors prohibés.

[30] Voir en ce sens le « *référentiel national de réduction des risques pour usagers de drogue* », créé par le décret n°2005-347 du 14 avril 2005.

[31] Sur ce point, voir H. BERGERON et E. NOUGUEZ, « Mécanismes de convergence de la régulation des drogues licites et illicites », *Actualité et dossier en santé publique*, Juin 2016, n°95, p. 30.

Si l'on admet, avec Ulrich Beck, que dans nos sociétés post-industrielles, les politiques publiques sont de plus en plus déterminées par la connaissance scientifique des risques qu'elles engendrent[32], il est probable que l'analyse rigoureuse de la prohibition des drogues ne donne lieu, à plus ou moins long terme, à sa remise en cause. Un imposant corpus pluridisciplinaire développé par les sciences sociales et les sciences médicales témoigne de l'échec de la « guerre à la drogue » et des dangers qu'elle fait courir à la santé et à la sécurité publiques[33]. En s'efforçant d'éradiquer les drogues par une politique répressive, le législateur a créé de nouveaux périls. Face à ceux-ci, il faut souhaiter que le paradigme de la réduction des risques continue à se renforcer pour passer progressivement du statut d'exception à la règle prohibitionniste à celui de principe régulateur des politiques de lutte contre la drogue.

[32] U. Beck, *Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986, trad. L. BERNARDI, *La société du risque*, Paris, Flammarion, 2001.
[33] Pour une entrée en matière, voir H. BERGERON, R. COLSON, *Les drogues face au droit*, *op. cit.*

Co-construire en addictologie

Dr Armelle CROSSE

Docteure en pharmacie

Exerce au sein du Centre de Soins, d'Accompagnement et de Prévention en Addictologie (CSAPA) de la Kaz'Oté !

Membre du CA du Réseau Oté ![1]

Intervient au sein du Conseil Scientifique du Réseau Régional d'Addictologie (RRA) porté par l'association SAOME

Dr Patrice HEMERY

Médecin généraliste

Exerce au sein du Centre de Soins, d'Accompagnement et de Prévention en Addictologie (CSAPA) de la Kaz'Oté !

Président du Réseau Oté !

Président par intérim de l'association SAOME[2]

« En médecine de ville, la triangulation usager-prescripteur-pharmacien est une entité mouvante, à élaborer entre les 3 parties, en tenant compte des cadres réglementaires, déontologiques et personnels de chacun, le tout permettant la construction d'une relation thérapeutique essentielle pour le patient. Dans un CSAPA, la relation thérapeutique essentielle entre l'usager et le centre se construit avec toute une équipe dans une pluridisciplinarité et une transdisciplinarité complémentaire, dans un respect commun des droits et devoirs de chacun »[3].

« Il n'existe pas de société sans drogue et surtout le meilleur producteur de drogues au monde est notre cerveau, ce qui fait que l'addictologie, cette pathologie du « trop », du conflit entre le « vouloir et le pouvoir » nous renvoie sans cesse à cette dualité de l'intime, plaisir/souffrance. L'accompagnement des maux de nos

---

[1] Le *Réseau Oté !* œuvre dans la prévention, l'accueil des usagers par son Centre d'Accueil et d'Accompagnement à la Réduction des Risques des Usagers de Drogues (CAARUD) et dans le soin par son Centre CSAPA.

[2] Santé Addictions Outre-Mer :

- Réseau Régional d'Addictologie,
- Prévention des conduites addictives
- Plate forme d'Echanges et d'Information Drogues et Dépendances (PEIDD)

[3] A. CROSSE.

patients est souvent une croisade, tant pour eux, que pour nous soignants, croisade qui dépasse largement la dimension du soin »[4].

Nous avons choisi de vous présenter un travail issu de notre expérience en « binôme » où nous avons croisé la loi, justice, les addictions et surtout…la santé.

Bien avant de croiser leurs regards sur la question de l'addictologie, la Justice et la Santé ont souvent croisé le fer, avec comme pilier juridique la loi du 31 décembre 1970[5] à visée à la fois sanitaire et répressive pour le trafic et l'usage illicite de substances vénéneuses et stupéfiantes.

Cette loi dissèque l'usager de drogues illicites en « *malade* », problème de santé publique, ou « *délinquant* », trouble à l'ordre public.

De nombreux rapports se sont penchés sur cette question et ont quasiment tous proposé des aménagements de cette loi de 1970 vers la dépénalisation des usages : Pelletier (78), Henrion (95), Roques (98), Reynaud/Parquet (99), Reynaud (2013).

En pratique on retrouve beaucoup de frictions :

– Au niveau de l'Etat : « frictions » entre Michèle Barzach, ministre de la Santé et Charles Pasqua, ministre de l'Intérieur, en 1987, relativement à la vente libre des seringues en officine[6] ;

– Au niveau associatif : « frictions » entre le Programme d'Echange de Seringues de Médecins du Monde (PES MDM) et les forces de l'Ordre ;

– Au niveau soignants : affaires Temgesic® (Réunion 1994), Artane® (Réunion 2016), Subutex® (Metz 2016, Limoges 2017) et je laisserai à mes amis de l'Océan Indien évoquer, s'ils le souhaitent, les « affaires » qui émaillent leurs faits divers locaux.

Croiser les regards sur ces questions est une démarche courageuse et complexe, car elle implique la confrontation de différentes visions (I). De nombreuses situations cliniques illustrent ces visions parfois ambivalentes (II). Croiser les regards sur les multiples questions que soulèvent les addictions est une grande avancée, mais nous pensons qu'il faut aller plus loin et changer notre regard sur les dépendances (III).

[4] P. HEMERY.
[5] Loi n°70-1320 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite de substances vénéneuses, *JORF*, 3 janvier 1971, page 74.
[6] Décret du 13 mai 1987 sur la vente libre des seringues.

I. Confrontation de différentes visions

A.- Vision évènementielle

Les médias ont une vision événementielle de la question et charrient à longueur de temps des idées reçues stigmatisant les patients (dangereux), les soignants (dealers), les politiques (laxistes).

Pensez-vous que cela puisse inciter des soignants à s'orienter vers l'addictologie alors que d'autres disciplines sont bien plus rentables, moins chronophages et moins risquées ?

B.- Vision sécurité publique avec un distinguo drogues licites/drogues illicites

La loi et la justice font d'une part un distinguo entre drogues licites et illicites, et, d'autre part, s'intéressent plus aux conséquences sociétales des usages de drogues légales ou illégales. Cette vision sécuritaire nécessaire permet de poser un cadre, mais comment faire avec des patients dont le symptôme principal pour certains est d'être justement hors cadre ?

– hors cadre légal car consommateur de produits,

– hors cadre légal car mésusant le médicament,

– hors cadre de soins car dans l'automédication,

– hors cadre avec mode de vie souvent marginalisé subie ou volontaire

Comment aborder le patient qui rencontre un « nouveau cadre » lorsqu'il franchit la porte d'un CSAPA[7], d'un cabinet médical, d'une officine, et qu'il peut se trouver confronté à des professionnels dont l'exercice est, entre autres, régulé par des dispositions réglementaires selon des codes, la déontologie, l'éthique ? Comment faire pour que le patient l'usager, se sente acteur de sa santé ?

[7] Centre de Soins, d'Accompagnement et de Prévention en Addictologie.

C.- Vision santé publique

« L'addiction, pour nous soignants, est une pathologie cérébrale multifactorielle, chronique, récurrente, caractérisée par la poursuite d'une consommation ou d'un comportement pour lutter contre une souffrance malgré des conséquences sur la santé… » définition très pertinente du Dr Laurent Karila et du Dr William Lowenstein[8].

Autrement dit, c'est un « processus par lequel un comportement, qui peut fonctionner à la fois pour produire du plaisir et pour soulager un malaise intérieur, est utilisé sous un mode caractérisé par l'échec répété dans le contrôle de ce comportement et la persistance de ce comportement en dépit des conséquences négatives significatives »[9].

II. Situations cliniques illustrant ces visions ambivalentes

A.- Traitement de Substitution aux Opiacés (TSO) - cas clinique « Méthadone »

1 – En théorie : méthadone flacon

– initialisation en CSAPA ou en service hospitalier : médicament stupéfiant avec prescription sur ordonnance sécurisée établie par un médecin exerçant en CSAPA ou par un médecin hospitalier à l'occasion d'une hospitalisation, d'une consultation ou en milieu pénitentiaire

– délivrance quotidienne sur place avec titration de la dose nécessaire et suffisante au patient afin que ce dernier se sente bien

– surveillance particulière pendant le traitement, dont la durée de fractionnement est limitée à 7 jours

– relais entre un CSAPA et la médecine de ville : ordonnance sécurisée mentionnant le nom du médecin choisi, par accord entre le patient et le médecin prescripteur, le nom du pharmacien choisi par le patient et qui sera contacté par le médecin relais, ainsi que les conditions de délivrance si nécessaire[10].

---

[8] L. KARILA et W. LOWENSTEIN, *Tous addicts, et après* ? Paris Flammarion, 2017.

[9] A. GOODMAN, « Addiction: definition and implications », *British Journal of Addiction*, 1990, 85, pp. 1403-1408.

[10] Il est à noter que depuis le décret du 5 février 2008, le pharmacien a le droit de délivrer et de facturer une boite de médicaments supplémentaire malgré le fait que l'ordonnance soit expirée,

2 – Pratique et expériences

Plusieurs expériences de cas cliniques montrent les difficultés de la pratique en matière de TSO.

– **relais de patients mauriciens traités par Méthadone à l'île Maurice** : faut-il les renvoyer vers un CSAPA ou l'hôpital pour une initialisation, alors qu'ils ont déjà une ordonnance claire de leur médecin mauricien, sachant que la législation vis à vis de ce médicament est différente entre Maurice et La Réunion.

– **autre patient mauricien** séropositif VIH et VHC vivant à la Réunion et prenant du Subutex®[11] depuis des années, qui, lors d'un de ses séjours à Maurice s'initie dans la rue à la méthadone ou plutôt à la « métha-bave » (méthadone gardée dans la bouche par la patient lors de la délivrance en centre, puis recrachée pour être revendue). Il revient au cabinet, avec une expérience très positive de ce traitement à la méthadone. Pas de rendez-vous au CSAPA avant une semaine, tout en sachant que la prescription de Subutex® est dangereuse car il existe une interaction médicamenteuse avec la méthadone provoquant un syndrome de manque grave. Que faire dans cette urgence ?

***** orienter vers où ? l'hôpital ? Pas vraiment adapté

* organiser un relais temporaire en accord avec l'officine du quartier, avec délivrance quotidienne, jusqu'à la consultation du CSAPA tout en sachant qu'il s'agit d'une prise en charge hors-cadre sur la réglementation, mais qu'il s'agit toutefois d'une prise en charge logique et humaine sur le plan éthique[12].

– **« dépannage »**

***** Exemple en pharmacie : Un samedi à 12h30, le médecin n'est plus là, le patient n'a plus de traitement de méthadone. Il demande à la pharmacie de lui avancer le produit ce que légalement le pharmacien ne peut faire puisque la délivrance par procédure exceptionnelle de la méthadone est interdite.

Une orientation aux urgences, SOS médecins peut être envisagée ? Quand on revoit le patient le lundi, après une attente longue, il a été mis sous Skenan[13], par l'hôpital, ce qui a pu le déstabiliser.

à condition de respecter certaines conditions. Cette possibilité dite de « délivrance par procédure exceptionnelle » est interdite pour la méthadone.

[11] Ce médicament contient une substance proche de la morphine. Chez le toxicomane à l'héroïne ou aux autres opiacés, il permet de supprimer les symptômes du manque qui surviennent lors de la privation de drogue, et qui sont en grande partie à l'origine de la dépendance.

[12] Voir Code de déontologie, article R 4127-8.

[13] Ce médicament est un antalgique puissant qui contient de la morphine. Il combat la douleur en agissant directement sur le cerveau.

***** Exemple en pharmacie : Un patient stabilisé que l'on dépanne du nombre de gélules nécessaires et suffisantes pour gérer le week-end car souvent pas de prescripteurs. Les pharmaciens qui prennent le relais sont alors hors cadre légal. Que faire ? Quid des codes de déontologie, de la législation, de l'éthique ?

* En CSAPA, face à un patient qui se présente une fois que le médecin est parti ? Que faire ?

En CSAPA, le fractionnement de la prescription (délivrance quotidienne ou hebdomadaire) permet au patient de se décentrer de l'urgence du produit et de l'immédiateté du comportement dans une temporalité différente, en lui proposant une approche globale de santé avec la rencontre d'un nouveau cadre, facilitant un accès aux soins et à la Cité : accompagnement éducatif, psychologique, social et médical, dans un croisement de regards réciproques entre le patient et les professionnels

B.- Médicaments détournés de l'usage (MDU)

1 – En théorie

Les benzodiazépines et les médicaments détournés de leur usage sont des médicaments qui ont reçu une autorisation de mise sur le marché (AMM) et qui font partie de la liste I[14].

Ces médicaments ne sont pas des stupéfiants et, en principe, ils sont utilisés dans le cadre de traitement de maladies[15].

2 – En pratique

Exemple d'un patient polyconsommateur (alcool, zamal, Artane®, Rivotril®, etc…), qui s'est longtemps fourni son « effet » dans la rue, très désocialisé, avec petite délinquance, craint dans le quartier.

La prescription d'Artane® a été faite dans le cadre d'une réduction des risques sur le plan médical et social avec mise en place d'un cadre-contrat précis co-construits entre le patient, le médecin et le pharmacien. Ce suivi fait partie d'une

[14] Il s'agit de médicaments soumis à prescription médicale et qui ne peuvent ainsi être obtenus que sur présentation d'une ordonnance rédigée par un médecin, un chirurgien-dentiste ou une sage-femme.

[15] Par exemple, l'Artane® est en principe un médicament utilisé dans le traitement de la maladie de Parkinson et des syndromes parkinsoniens induits par les neuroleptiques. De même, le Rivotril® est en principe un médicament utilisé dans le traitement de certaines formes d'épilepsie.

base de de réflexion sur la mise en place d'un dispositif encadré de prescription d'Artane® dans la cadre des expérimentations possibles.

III.- Nécessité d'aller plus loin et changer notre regard sur les dépendances

Il est nécessaire de casser les idées reçues :

– patient manipulateur, irrécupérable

– médecin-pharmacien dealers, laxistes

Il est nécessaire de poser un regard éthique, un regard consensuel, qui respecte le patient dans son intimité de vie avec les drogues, d'une part, et qui lui rappelle d'autre part les limites physiologiques, sociales et légales de ses comportements dans un souci permanent de réduction des dommages loin de toute exigence morale et tyrannie de l'Idéal.

La prise en charge d'un patient addict c'est également une rencontre, une confrontation de deux univers différents régis par des lois différentes, parfois la seule loi existante est celle de la rue, la loi de l'impulsivité et de l'immédiateté, symptômes de la maladie addictive. L'addiction c'est la maladie « du trop, de l'hyper », où notre cerveau reptilien prend le pas sur celui de la raison.

En addictologie « *chacun a sa place, mais chacun à sa place* », nous devons pouvoir utiliser la diversité de nos regards (celui de la justice, celui du social, celui de la santé, comme autant de portes d'entrée et non pas des barrières illusoires, afin de ne pas « rater » une possibilité d'accompagnement des personnes addictes, qui se fera :

– en fonction de l'âge : l'opportunité d'un programme de prévention, d'une consultation jeunes consommateurs (CJC),

– en fonction du statut : l'opportunité d'une Injonction Thérapeutique, d'une Obligation de Soins,

– en fonction de difficultés sociales ou sanitaires : l'opportunité d'une orientation adéquate.

Conclusion

Les attentes de ce colloque sont nombreuses, il n'y a pas lieu de se croiser les bras.

Santé publique et sécurité publique doivent ou devraient aller de pair : nous pouvons comprendre le maintien d'un interdit, mais refusons d'adhérer aux politiques régressives qui génèrent l'insécurité et contrarient les actions de santé publique.

On ne part pas de zéro, beaucoup de choses sont déjà en place, et continuent à évoluer notamment dans le domaine des neurosciences, nous permettant de mieux appréhender l'addictologie.

La révolution des TSO illustre de façon magistrale le fait que l'addiction ça se soigne, sans en passer par l'utopie de l'abstinence et le diktat dangereux d'un idéal moraliste qui n'existe nulle part. Mais combien a-t-il fallu de morts liées au VIH et au VHC, combien de vies ruinées avant d'en arriver à…oser la politique de réduction des risques et des dommages. Nous pensons qu'il est nécessaire de continuer en ce sens. Les limites ne sont en effet pas les mêmes pour nous tous selon l'angle d'où nous regardons ces addictions. Que nous soyons patients, soignants, représentants de la Loi, seychellois, mauricien, malgache, mahorais, métropolitain, réunionnais, nous pouvons, nous devons tous réinjecter de l'humain dans nos réflexions. En proposant :

– des rencontres, telle que ce colloque : bravo et merci à l'ensemble des organisateurs.

– de l'information objective et éclairée, et de la formation réciproque, théorique et pratique.

– l'établissement de protocoles de suivi éthique : dans l'esprit d'une co-construction d'un cadre mouvant qui implique une écoute et une souplesse de chacun tout en respectant la LOI. Trouver une sorte de « cadre élastique », un espace entre soins et répression qui permette l'accompagnement du patient, et où chacun puisse assumer ses responsabilités respectives vis à vis de cette loi et conserver en toute sécurité, une attitude éthique vis à vis du patient.

Table-ronde 2

Prendre en charge les addictions avec le droit plutôt que malgré le droit ou contre le droit

1ère partie - Attentes des praticiens des secteurs médico-social et de la justice à La Réunion

José ALAMELOU

Conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation

Dr François APPAVOUPOULLE

Psychiatre des Hôpitaux,
Médecin-Chef du Pôle Est à l'Etablissement Public de Santé Mentale à La Réunion (EPSMR)
et Membre du Conseil Scientifique de l'association SAOME

Dr Armelle CROSSE

Docteure en pharmacie, Membre du Conseil d'Administration du Réseau Oté !
et Membre du Conseil Scientifique de l'association SAOME

Frédéric DURAND

Directeur des services territoriaux éducatifs en milieu ouvert de Saint-Denis
Protection Judiciaire de la Jeunesse

Diane GEINDREAU

Conseillère Technique Santé
Direction Territoriale de la Protection Judiciaire de la Jeunesse

Dr Patrice HEMERY

Médecin généraliste, Président du Réseau Oté !
et Membre du Conseil Scientifique et Président par intérim de l'association SAOME

Marie-Line LADERVAL

Infirmière diplômée d'Etat, Coordonnatrice à l'unité psychiatrique de liaison d'urgence (UPLU) à l'Etablissement Public de Santé Mentale de la Réunion (EPSMR)

Dr William LEDERER

Chef de service Addictologie au Groupement Hospitalier Est Réunion (GHER)

Nathalie LAOT

Educatrice « allon deor », intervenante côte Nord-est

Les praticiens, qu'ils soient issus de la sphère du « médical », du « social », de l'« éducatif » ou du « judiciaire » ont tous pour objectif d'accompagner la personne, usager, toxicomane, malade, dans un parcours qui tend vers une réduction des risques et des dommages liés à l'usage de stupéfiants.

Tout un chacun a bien conscience qu'un sevrage immédiat et une abstinence complète sont le plus souvent illusoires. L'accompagnement n'a pas uniquement pour objectif d'imposer à l'usager un arrêt de sa consommation de stupéfiants, pas plus d'ailleurs qu'il n'a pour but d'encourager cette consommation. Il vise à rendre la consommation la moins nocive possible, pour l'usager comme pour autrui.

Il s'agit d'un accompagnement de longue haleine, qui nécessite pour les praticiens de poser un regard consensuel, de respecter le patient dans son intimité de vie avec les drogues d'une part, et de rappeler d'autre part les limites physiologiques, sociales et légales de son comportement dans un souci permanent de réduction des risques et des dommages. C'est un accompagnement qui implique une relation de confiance entre le praticien et l'usager-patient-probationnaire.

Quelle place le droit occupe-t-il dans cet accompagnement ? Comment le cadre légal est-il perçu ?

La relation droit / usager de stupéfiants : Il est clair que le droit, parce qu'il s'intéresse davantage aux conséquences sociétales des usages de drogues, appréhende bien souvent l'usager comme un délinquant. L'usager est vu comme une personne se situant hors du cadre légal, un consommateur de produits illicites, qui parfois mésuse de médicaments, avec un mode de vie qui souvent le marginalise du milieu dont il est issu jusqu'à une précarisation de sa position sociale. De son côté, l'usager voit dans le droit, une menace, une contrainte, une

punition, des interdits. Parfois même, il ne considère pas sa conduite comme illégale.

La question se pose alors : qu'en est-il de la perception des praticiens, des professionnels quant à la réduction des risques ? Depuis un siècle, des lois sont apparues sur la répression des usages de stupéfiants. Les praticiens apparaissent parfois comme des « *funambules* » qui progressent *« entre répression et réduction des risques* ». Les pratiques interrogent le droit et conduisent à deux constats :

Dans la pratique, le droit (peut-être parce que mal adapté, en décalage sur certains points, contradictoire en ce qu'il pose une exigence sanitaire première et prône essentiellement la répression) va être regardé comme un frein voire un obstacle à l'objectif de la réduction des risques et des dommages. L'accompagnement se fait alors à la « limite du droit » voire parfois « hors du droit » (I).

Pour autant, et ce n'est pas antinomique, le droit peut apparaître comme un outil, un moteur, un moyen, pour le praticien dans l'accompagnement vers une réduction des risques et des dommages (*comme par exemple dans l'hypothèse des obligations de soins*). A cet égard, celui-ci va se fait alors « dans le droit » et/ou « avec le droit » (II).

I.- Un accompagnement vers une réduction des risques et des dommages à la limite du droit ou hors du droit

Les praticiens peuvent être en porte-à-faux avec le droit lorsqu'il s'agit d'accompagner le patient vers une réduction des risques et des dommages. Le droit positif leur apparaît parfois comme un vecteur de difficultés dans la mesure où il lui arrive de se mettre au travers de la relation praticien / patient-usager, de remettre en cause un bon suivi médico-social voire d'annihiler les bénéfices déjà obtenus avec le patient-usager.

Devant l'enjeu qu'est la réduction des risques, des praticiens peuvent décider, au cas par cas, d'être hors du droit - *exemple des soignants* - (A) ou à la limite du droit - *exemple d'une éducatrice sociale* - (B).

A.- Un accompagnement parfois hors du droit par les « soignants »

Médecins et pharmaciens se font souvent l'écho de difficultés qu'ils peuvent rencontrer en matière de traitement de substitution des opiacés (TSO) - *cas de la méthadone et de la buprénorphine haut dosage (Subutex®)* - (1) comme en matière de médicaments détournés de leur usage (MDU) (2).

1 – Les difficultés de la pratique en matière de TSO – la méthadone

L'un des buts d'une substitution par la méthadone est la diminution de la consommation d'opiacés de l'usager mais également la réduction et/ou l'abandon des conduites à risques associées à cette consommation ainsi que l'amélioration du lien social.

Les traitements de substitution aux opiacés par la méthadone sont, d'un point de vue légal, strictement encadrés : ils sont en principe initialisés en milieu hospitalier ou en CSAPA par des équipes spécialisées, avec des ordonnances sécurisées théoriquement infalsifiables, une délivrance quotidienne sur place avec titration de la dose initiale nécessaire et suffisante au patient, une surveillance particulière pendant le traitement et un relais entre un CSAPA et la médecine de ville.

Sur le papier, tout est parfaitement cadré. Dans la pratique toutefois les choses diffèrent et les « soignants » sont parfois contraints de se positionner hors du droit.

1er exemple – Assurer le relai de la prise en charge de patients mauriciens traités par méthadone à l'Ile Maurice. Ce sont des patients qui possèdent une ordonnance en bonne et due forme de leur médecin mauricien. Que se passe-t-il lorsqu'ils sont à La Réunion en sachant que la législation vis à vis de ce médicament est différente à l'Ile Maurice et La Réunion ? que faut-il faire ?

– Rester dans le droit et les envoyer vers un hôpital ou un CSAPA pour une initialisation retardant alors une prise en charge qui pourtant a été faite dans leur pays d'origine de manière tout à fait légale ?

– Renouveler l'ordonnance telle qu'elle a été faite par le médecin mauricien, y compris si cela contrevient aux règles françaises ?

Dans la pratique, les médecins renouvèlent parfois l'ordonnance afin que le traitement initial se poursuive dans le but d'un suivi médical cohérent.

2ème exemple – Accompagner un patient mauricien séropositif VIH et VHC vivant à La Réunion et prenant du Subutex® depuis des années, réticent à opter pour un traitement à la méthadone. Après un séjour à l'Ile Maurice et la prise de méthadone (ou plutôt de « *métha-bave* » dans la rue), le patient revient au cabinet médical avec une expérience « positive » du traitement à la méthadone. Néanmoins, il ne peut obtenir de rendez-vous au CSAPA avant une semaine. Que faire devant cette urgence, en attendant le rendez-vous ?

– Orienter la personne vers un hôpital ce qui n'est pas réellement adapté mais ce qui permet de rester dans la légalité ?

– Organiser un relais temporaire en accord avec l'officine du quartier, avec délivrance quotidienne, jusqu'à la consultation du CSAPA tout en sachant qu'il s'agit d'une prise en charge hors-cadre sur la réglementation, mais qu'il s'agit toutefois d'une prise en charge logique et humaine sur le plan éthique[1] ?

En pratique, c'est souvent la seconde option qui est choisie par le soignant à l'encontre du droit mais en faveur de la santé du patient.

3ème exemple – Garantir le « dépannage » de méthadone en pharmacie.

Que faire lorsqu'un samedi, le médecin n'étant plus là pour faire une ordonnance, le patient se tourne vers la pharmacie pour qu'on lui avance le traitement ?

Légalement le pharmacien ne peut faire une telle délivrance puisque la délivrance par procédure exceptionnelle est interdite pour la méthadone[2]. La seule solution qui lui soit offerte juridiquement est d'orienter le patient vers les urgences ou SOS médecin. C'est ce qui a été choisi. Toutefois, lorsque le patient revient le lundi, le pharmacien constate qu'après une longue attente à l'hôpital, il a été « mis sous » sulfate de morphine (Skenan®), un produit certes opiacé mais qui n'est pas celui utilisé habituellement ce qui a eu pour résultat de le déstabiliser. Dans cet exemple, le fait de rester dans le droit a conduit à une prise en charge non optimale des besoins thérapeutiques du patient.

De même, concernant un patient stabilisé, quelle attitude choisir face à une demande de « dépannage » du nombre de gélules nécessaires et suffisantes pour gérer un week-end en l'absence de prescripteurs ? Le patient doit-il « subir » un arrêt brutal de son traitement avec risque de syndrome de manque faute de prescription et refus de délivrance en l'absence de celle-ci ?

Les pharmaciens qui prennent le relais sont alors hors cadre légal et tout contrôle de sortie de médicaments stupéfiants du stock peut entraîner pour eux des conséquences juridiques graves. En ce cas particulier, le choix a pu être fait, exceptionnellement, d'accompagner le patient, toujours dans une relation d'écoute et de confiance.

Les décisions sont délicates à prendre, les cas de conscience réels. Lorsqu'un accompagnement hors du droit semble préférable au praticien, c'est un accompagnement qui privilégie le patient et sa santé en répondant à ses besoins et ses attentes (ne pas le laisser souffrir ; lui faire confiance). A terme, décider d'être hors du droit peut parfois favoriser une relation qui va s'inscrire dans la durée et la logique de réduction des risques.

[1] Voir Code de déontologie, article R. 4127-8.
[2] Décret du 5 février 2008.

2 – Les difficultés de la pratique en matière de MDU

Les médicaments détournés de leur usage pour se procurer un « *effet* » ne sont pas des stupéfiants. En principe, ils sont utilisés dans le cadre du traitement de maladies et sont délivrés sur ordonnance. Leur utilisation détournée se fait en règle générale par une poly-consommation (*exemple d'un patient poly-consommateur - alcool, zamal, Artane®, Rivotril®, etc… - très désocialisé, craint dans son quartier, qui relève de la petite délinquance et qui s'est longtemps fourni dans la rue*).

Que faire d'un tel patient ?

– Le laisser « dériver » et continuer de se fournir dans la rue aux risques qu'il s'enfonce un peu plus ?

– Une prescription d'Artane® a pu être faite, hors cadre légal, mais dans le cadre d'une réduction des risques sur le plan médical et social avec mise en place d'un cadre-contrat précis co-construit entre le patient, le médecin et le pharmacien avec délivrance quotidienne.

Les soignants, encore trop rares, engagés dans cette démarche de réduction des risques et des dommages, ne peuvent subir en permanence la menace de l'épée de Damocles d'une loi inadaptée qui pourrait à la longue, les faire renoncer à leur éthique de santé publique envers une population vulnérable dépendante aux psychotropes.

B.- Un accompagnement parfois à la limite du droit par les « éducateurs sociaux »

La mission première d'un éducateur social est de proposer un accompagnement socio-éducatif qui vise à favoriser l'insertion sociale de la personne par le biais du logement. Ceci se fait à travers une approche globale répondant à une notion de santé. Il peut fréquemment s'agir d'accompagner des personnes ayant des besoins complexes, cumulant des problèmes de santé, des maladies mentales et des problématiques d'addictions vers une pleine participation à la vie sociale. L'éducateur social peut rapidement se retrouver « *à proposer des accompagnements à la réduction des risques à la limite du cadre de la loi et de ses fonctions* ».

1er cas clinique évoqué – M. X, orienté par un CSAPA. La personne est dans un état de santé altéré. Il avoue avoir consommé depuis une semaine de la cocaïne et de la MDMA. Un entretien sur la réduction des risques est réalisé (*information sur les risques liés aux interactions entre diverses substances psycho-actives et mise en avant des risques du mélange de ces substances avec*

son traitement). Des questions sont posées sur le mode de consommation. M X explique avoir « sniffé » et partagé sa consommation sur un billet de banque avec d'autres consommateurs. Une information est alors faite sur les risques encourus sur la santé des multiples consommateurs et les éventuelles transmissions de maladies ainsi que sur le fait qu'il existe des méthodes « *plus propres* » et « *moins dangereuses* », à savoir l'utilisation de paille à usage unique. L'éducateur qui détient ce matériel de réduction des risques propose donc à M X de lui en fournir. La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure, proposer du matériel de réduction des risques, pourrait être considéré comme une incitation, une provocation à la consommation, comportement juridiquement réprimé ? L'éducateur est-il allé au-delà des fonctions qui sont les siennes ? N'est-il pas en infraction aux yeux de la loi ? Aurait-il dû, pour rester dans son cadre, orienter la personne vers un CSAPA ou un autre service traitant des addictions au risque que l'intéressée n'y aille pas ? Il a finalement opté pour une réponse basée sur la réduction des risques qui lui semblait la plus opportune permettant de renforcer le lien de confiance, libérant la parole, ce qui a permis d'effectuer un travail pérenne et un suivi par la suite.

2ème cas clinique évoqué – M. Y doit être accompagné à une convocation devant le juge d'application des peines. Arrivé chez lui, l'éducateur le trouve très angoissé. Il déclare qu'il a des rapports compliqués avec la justice et qu'il lui faut son « *calmant* » pour pouvoir y aller. Il sort son rouleau de « *zamal* » et se prépare un joint. L'éducateur lui explique qu'une telle attitude n'est pas appropriée, qui plus est, juste avant un rendez-vous avec le juge et que cela est contraire à son obligation de soins. Il lui demande s'il est en capacité de différer sa consommation après la rencontre avec le juge. Il déclare ne pas pouvoir et propose alors « *de ne fumer qu'une taffe pour se calmer un peu* ». La difficulté réside ici dans le fait que la personne que l'éducateur doit accompagner devant un juge est sous l'emprise de stupéfiants et que l'éducateur a été témoin de cette consommation. Peut-on y voir une forme de complicité ? Plusieurs options se présentaient :

– Observer le cadre de la loi jusqu'au bout, aller à la confrontation et refuser d'accompagner la personne à sa convocation ;

– Être dans la réduction des risques, entendre la personne et son besoin de « *taffe calmante* » et l'accompagner pour éviter que son projet ne périclite.

L'éducateur a finalement opté pour une réponse basée sur la réduction des risques. Le lien de confiance s'est renforcé, un travail de gestion des angoisses de la personne a pu être amorcé et ont été trouvées des alternatives légales à la prise de stupéfiants.

3ème cas évoqué - Accompagnement physique d'une personne dans le véhicule personnel de l'éducateur. L'usager a différents stupéfiants dans une boite

pour sa consommation. Pendant le trajet, l'usager laisse tomber sa boîte que l'éducateur retrouve le soir sous le siège de sa voiture. Pendant toute une journée, l'éducateur a été en possession de produits stupéfiants sans le savoir. S'il avait subi un contrôle de police ou un contrôle douanier, comment se serait-il comporté ? Aurait-il cherché à se dédouaner en expliquant que les substances ne sont pas à lui mais appartiennent à la personne transportée le matin même ?

Quel constat peut-on tirer de ces expériences d'éducateurs dont il est fait écho ici ? Dans la pratique, par choix d'une posture professionnelle consistant à penser en premier lieu au bien-être de la personne à accompagner, il est possible de se retrouver à accompagner les personnes malgré leur consommation et avec leur consommation. Ceci peut placer l'éducateur à la limite du cadre de la loi et de ses fonctions dans l'optique finale de ramener la personne dans le cadre de la loi et vers une démarche de soins.

Conclusion des pratiques « hors le droit » et à « la limite du droit » :

Ces exemples semblent démonstratifs de « *l'effet funambule* » de l'alliance collaborative - depuis tant d'années - entre la répression et la réduction des risques. Ils traduisent une certaine inadaptation du droit qui ne prend pas en compte les besoins des praticiens.

Des propositions sont avancées : organiser des rencontres - tel que ce colloque - afin d'échanger les points de vue des divers intervenants et peut-être, à l'écoute de chacun, se rassurer quant à sa propre pratique ; établir des protocoles de suivi éthique dans l'esprit d'une co-construction d'un cadre mouvant qui implique une écoute et une souplesse de chacun tout en respectant la loi (en d'autres termes, trouver une sorte de « cadre élastique », un espace entre soins et répression qui permette l'accompagnement du patient, et où chacun puisse assumer ses responsabilités respectives vis à vis de cette loi et conserver en toute sécurité, une attitude éthique vis à vis du patient) ; envisager une nouvelle législation protectrice des professionnels de la réduction des risques et des dommages.

L'inadaptation du droit n'est cependant pas absolue. Il est de nombreux cas où l'accompagnement vers une réduction des risques et des dommages se fait dans et avec le droit. Le droit n'est donc plus une menace ou une difficulté mais devient un vecteur, une aide.

II.- Un accompagnement vers une réduction des risques et des dommages dans et/ou avec le droit

La prise en charge dans la perspective d'une réduction des risques et des dommages dans le droit signifie que l'ensemble des prescriptions légales et réglementaires qui s'imposent aux praticiens sont acceptées et respectées. L'accompagnement avec le droit va plus loin : il s'agit pour les professionnels non plus seulement d'accomplir leurs fonctions dans le droit, mais aussi de mobiliser le droit, de faire en sorte qu'il serve à la réduction des risques.

Ces deux « visions » du droit ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Certains professionnels vont être dans le droit sans nécessairement être avec le droit (A). D'autres, en revanche, vont être dans le droit et avec le droit (B).

A.- Un accompagnement dans le droit, sans être nécessairement avec le droit

Soignants - médecins et infirmières - qui interviennent au service des urgences psychiatriques, confrontés à la prise en charge et l'évaluation de patients qui arrivent sous l'empire de stupéfiants « travaillent dans le droit ».

L'exemple d'une prise en charge dans le cadre de soins sans consentement montre que leurs décisions sont adoptées dans le cadre de la loi. Un patient de 22 ans, sans antécédents psychiatriques connus, est amené par les forces de l'ordre suite à un comportement violent. A son arrivée aux urgences du Groupement Hospitalier Est Réunion (GHER), le patient est sthénique, avec des propos délirants de persécution, une absence totale de critique, prononçant des menaces de mort vis-à-vis de son entourage. Les médecins ont une attitude d'écoute et le patient reconnait une poly-toxicomanie (*alcool, cannabis, médicaments détournés de leur usage*). Après une sédation chimique et mise sous contentions physiques, le patient est transféré en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat (SDRE) à l'Etablissement Public de Santé Mentale de La Réunion (EPSMR), en chambre de soins intensifs psychiatriques (CSIP)[3].

A la fin de la première semaine d'hospitalisation, sans consommation de toxiques, une nette amélioration comportementale est notée, permettant une levée de la chambre de soins intensifs psychiatriques. Commencent des entretiens avec le patient, sa famille et son entourage. Les parents apparaissent totalement démunis face au comportement de leur fils qui dure depuis plusieurs mois. Après 15 jours d'hospitalisation, le psychiatre demande une levée des soins sous contrainte. Un suivi en ambulatoire, avec relais vers le Centre Médico-

[3] La CSIP correspond à la nouvelle appellation des « chambres d'isolement ».

Psychologique (CMP) et une orientation vers le service addictologie du GHER, est proposé au patient.

Dès les premiers jours de sa sortie, le patient reprend ses consommations habituelles. Il ne se présente jamais au suivi ambulatoire. Deux semaines après sa sortie d'hospitalisation apparaissent de nouveaux troubles du comportement avec agressivité au domicile. Au surplus, il se met lui-même et autrui en danger avec conduite de véhicule « *sous effet* ».

Après une nouvelle interpellation, le patient est transféré aux urgences du GHER avec demande insistante des forces de l'ordre à l'urgentiste et au psychiatre d'une nouvelle hospitalisation en soins psychiatriques (SDRE). Le patient est alors de nouveau orienté vers l'EPSMR, toujours sous contrainte. Une seconde prise en charge se fait à l'identique de la première.

Lorsque le patient redevient cohérent, l'équipe soignante constate qu'il présente des traits de personnalité psychopathique. Il déclare avoir pleinement conscience de ses actes, revendique son mode de vie instable. Il se dit « *intouchable* » vis-à-vis de la justice, qu'il ne sera jamais condamné mais qu'il sera plutôt orienté vers une structure psychiatrique. Il relève qu'il n'a aucune envie de mettre fin à ses consommations.

Face à ce tableau clinique le psychiatre demande une levée de la SDRE et une sortie de l'hospitalisation. Un signalement est fait au procureur de la République concernant la dangerosité du patient, l'absence totale de démarches de soins et le fait qu'il ne doit plus être réorienté vers le milieu hospitalier.

A l'évidence, cet exemple clinique établit le respect du droit, la prise en charge du patient-usager-toxicomane dans le droit par les professionnels de la santé. Pour autant, plusieurs remarques peuvent être formulées à la lumière de cet exemple :

* Tout d'abord, il semble que la collaboration entre « santé mentale » et « forces de l'ordre » est parfois complexe. Les points de vue sont totalement différents : pour les soignants, il y a une psychose pharmaco-induite de la personne alors que les forces de l'ordre voient un patient qui est « fou » sans aller plus en avant rechercher la cause de cet état.

* Pour rester dans le droit, voire l'éthique, les professionnels de la santé sont tenus par le secret médical. Ils ne peuvent donc pas dévoiler ni expliquer la problématique de santé du patient. Rester dans un cadre juridique strict n'est-il pas alors un carcan ? Ne faudrait-il pas plus de souplesse ?

* Ensuite des interrogations se posent quant à la collaboration entre « santé mentale » et « justice » qui reste à renforcer. Peut être soulevée la question de

l'intérêt des injonctions et des obligations de soins (*il y a un afflux de personnes vers les centres médico-psychologiques qui arrivent avec des jugements leur enjoignant de venir en consultation pendant une certaine durée – entre 18 et 24 mois - alors qu'en réalité il n'y a aucune démarche spontanée de leur part… les patients ne viennent que pour avoir une attestation de présence*). Peut également être évoquée la question des suites d'un signalement au procureur de la République (*comment le signalement a-t-il été traité ? Est-ce que l'avis des psychiatres a été respecté ? quel retour organiser aux soignants ?*).

Les professionnels de la santé estiment qu'il faudrait encourager le rapprochement entre l'addictologie, la santé mentale et la justice à la lumière des expériences concluantes déjà engagées (*sur le pôle Est, il y a désormais une collaboration efficiente entre le service addictologie du GHER et l'EPSMR ; mise en place de réunions, il y a un an, avec les responsables de la Gendarmerie du secteur Est ; début d'une collaboration avec la vice-procureure par rapport à tous les cas de patients polytoxicomanes dont la prise en charge est particulièrement compliquée, etc.*).

B.- Un accompagnement dans le droit et avec le droit

Construire un parcours dans le droit et avec le droit apparaît comme idéal puisque le professionnel va intervenir dans un cadre légal, sans craindre de devoir enfreindre la loi dans un objectif de réduction des risques, et qu'au surplus la loi va elle-même permettre d'atteindre l'objectif de réduction des risques.

Cet idéal peut-il être atteint ? Rien n'est moins sûr mais les pratiques de certains professionnels semblent aller dans ce sens : ainsi les actions des éducateurs de la Protection Judiciaire de la Jeunesse (1) et celles des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation (2).

1 – Un accompagnement des jeunes dans et avec le droit

Il s'agit ici de la prise en charge des mineurs et de jeunes majeurs par la Protection Judiciaire de la Jeunesse (PJJ). Cet accompagnement s'effectue « dans le droit » au regard des différentes missions de la Protection Judiciaire de la Jeunesse prévues par le décret du 9 juillet 2008.

* Elle « *est chargée, dans le cadre de la compétence du Ministère de la Justice, de l'ensemble des questions intéressant la justice des mineurs et la concertation entre les différentes institutions intervenant à ce titre* ».

* Elle intervient dans la conception des normes, contribue à la rédaction des textes concernant les mineurs délinquants ou en danger et apporte une aide à la

décision judiciaire. Elle propose des solutions éducatives aux magistrats - juge des enfants, juge d'instruction, procureur de la République -.

* Elle assure enfin la prise en charge des mineurs qui ont commis des actes de délinquance sous trois axes : en milieu ouvert, dans le cadre de l'insertion et dans le cadre de placement en foyer.

Cet accompagnement s'effectue avec le droit parce que les éducateurs vont se servir de celui-ci pour conduire le jeune-usager-toxicomane vers une réduction des risques.

Prendre en charge les mineurs suivis par la Protection Judiciaire de la Jeunesse avec le droit en matière de consommation de produits stupéfiants, qu'est-ce que cela signifie ? Ne sommes-nous pas face à une contradiction insoluble ? Comment le dispositif qui a puni le délinquant peut-il être celui qui va l'accompagner et le sortir de sa situation complexe ?

La loi, le système, le magistrat, les éducateurs, les soignants, ne sont pas - par principe - considérés comme des alliés. Ils sont plutôt source de méfiance, de défiance. Prendre en charge avec le droit, suppose de considérer le droit comme un outil et un moteur, non comme une menace.

La relation éducative suppose une maîtrise du dispositif, de la règle, une posture solide, mais également une souplesse, une adaptabilité et une ouverture. Il s'agit de jongler entre le préventif et le normatif. L'éducateur va chercher à établir une relation avec le jeune. La relation, c'est un lien de confiance, de reconnaissance, c'est un espace de discussion, un espace sécurisant (*sécurisant parce que le jeune a besoin de cet espace pour se questionner, pour faire des erreurs, pour ne pas être jugé et finalement pour avancer*).

La loi ne se suffit pas à elle-même, de même que comprendre un risque grâce à la prévention ne va pas suffire à l'éviter. C'est la raison pour laquelle un travail doit être fait avec le jeune pour développer ses compétences et ainsi diminuer les risques liés à sa consommation.

La Protection Judiciaire de la Jeunesse développe de nombreuses actions. Il s'agit pour des adultes d'accompagner, en étant crédibles, des jeunes qui n'ont pas forcément envie d'entendre le discours donné. Il existe donc un double défi : apporter de l'aide à des adolescents qui refusent cette aide (*exemple : mise en place d'interventions actives (du photo langage, du théâtre, du sport, de la musique) impliquant tout son environnement.* Dans ces interventions les éducateurs s'appuient sur les réseaux de soins et de prévention.

L'adhésion du jeune est alors un processus dynamique et évolutif. Il doit être guidé et soutenu. Le jeune sera mis en situation de s'interroger. Il y a une aide des éducateurs à devenir un sujet responsable. Comment ?

Il faut tenter de se mettre « dans la peau du jeune ». Quel processus adopte-t-il ? Il ne veut pas adhérer, il résiste, il franchit la ligne pour s'affirmer. Face à lui, il a une équipe, un réseau de soignants, des partenaires qui écoutent, le voit flancher et qui pourtant sont encore là. Presque malgré lui quelque chose se passe dans son esprit. Il résiste encore, avance, recule ; les éducateurs sont encore là. De ces allers/retours du jeune, de cette didactique, va naître la possibilité. La loi va insidieusement se positionner différemment dans son esprit, parce qu'elle va s'opposer au jeune, immuable, et parce que l'action éducative va y mettre du sens.

Le jeune va progressivement comprendre que le droit n'est pas le pouvoir d'un adulte qui s'oppose à lui et qui est là pour l'opprimer, mais un ordre symbolique structurant qui peut permettre et pas seulement limiter ou punir

On peut songer notamment à l'exemple des stages de sensibilisation aux dangers de l'usage des stupéfiants. Il s'agit d'une mesure alternative aux poursuites prévue par le Code de procédure pénale. C'est une sanction qui s'inscrit dans le cadre d'une décision de justice.

Les jeunes mineurs appréhendés pour consommation ou détention viennent dans les locaux des services territoriaux éducatifs en milieu ouvert (SEMO) pour recevoir un certain nombre d'informations au travers deux volets : un volet légal, assuré par la brigade de prévention de la délinquance juvénile laquelle apporte un éclairage sur la législation en matière de stupéfiants *(que dit la loi ? pourquoi existe-t-il des interdits ? quelles punitions sont encourues ? qu'est-ce que la récidive ? qu'est-ce qu'un casier judiciaire ? etc…)* ; un volet sanitaire, assuré par le Réseau Oté !, au cours duquel une information sur les risques et les dommages liés aux stupéfiants est délivrée *(il s'agit de mettre au centre du discours la promotion de la santé de l'usager).* Judiciaire et sanitaire se côtoient et s'articulent sans se confondre. L'objectif judiciaire des stages est d'empêcher la récidive car en cas de réitération les sanctions seront alors d'une autre nature, plus répressive.

L'objectif des éducateurs est un objectif de réduction des risques, faire prendre conscience au consommateur des dommages induits par la consommation de produits stupéfiants, pour lui et pour la société.

Pour autant, il est difficile d'être crédible pour un public qui n'a pas envie d'être là et ce d'autant plus qu'à La Réunion, le « *zamal* » occupe une place particulière dans la société. Les jeunes ont la plupart du temps conscience et connaissance de l'interdiction de la consommation de « *zamal* » par la loi. Mais, au-delà d'une banalisation de la consommation, il existe une utilisation traditionnelle - tisane de grand-mère pour lutter contre certaines douleurs,

tolérance d'élus qui demandent aux forces de l'ordre parfois de ne pas intervenir contre des administrés qui possèdent quelques pieds -. Il peut alors être difficile d'expliquer la nocivité du produit quand les grands-parents utilisent cette plante de manière traditionnelle.

Au-delà la difficulté à être crédible, ce qui est important ce n'est pas que les jeunes qui sortent du stage ne fument plus du tout (ceci semble irréaliste), mais c'est qu'ils sortent en ayant appris à réguler leur consommation, à choisir les moments de leur consommation, les quantités consommées, etc. Selon les éducateurs, la loi est au service de la réduction des risques : « *on se sert de la loi, des délits commis, pour apporter cette information, cet éclairage car l'objectif de la protection judiciaire de la jeunesse c'est de faire des adolescents des citoyens informés, pour qu'ils puissent juger de ce qui est plus ou moins bon pour eux* ».

Toute la portée de la problématique posée consiste à accompagner le jeune consommateur dans sa construction de sujet, qui comprend le soi, le risque pour lui-même et qui comprend l'autre, le risque pour autrui, pour sa famille ou encore pour la société. Il va être capable de penser sa consommation autrement et il va progressivement, grâce à l'action éducative, intégrer le droit non parce qu'il est contraint de le faire mais parce qu'il aura appris à le comprendre. Cela peut sembler un vœu pieu mais c'est l'objectif des éducateurs.

2 – Un accompagnement des probationnaires dans et avec le droit

Accompagner des probationnaires consiste pour un conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation à aider les personnes placées sous-main de justice dans leurs démarches d'insertion, à contrôler le respect de leurs obligations imposées par l'autorité judiciaire, notamment, dans le cas d'addictions et d'obligations de soins. Cet accompagnement s'effectue dans le droit dès lors que les conseillers pénitentiaires sont partie prenante d'une décision de justice.

Comment travailler avec la loi ?

Souvent, les personnes condamnées sortent du tribunal sans avoir compris grand-chose à la condamnation : « *c'est quoi le sursis ? la mise à l'épreuve ?, etc.* ». Il faut expliquer les termes, mobiliser le droit.

Il faut également expliquer ce qu'est l'obligation de soins, en quoi elle consiste. Le conseiller d'insertion et de probation détermine qui est susceptible de délivrer le soin, selon la nature du soin préconisé par le tribunal. Il va ainsi passer le relais à une équipe soignante en sachant que, dans l'idéal, il faut que celle-ci évalue à son tour le patient.

Le but final est de prononcer une fin de mesure qui est déjà inscrite dans le jugement et de dire à la personne « *on en a fini et j'espère que vous en avez tiré les leçons qui s'imposent* ».

Cette intervention poursuit une double finalité : prévenir la récidive et apporter une information sanitaire dans le cadre de l'obligation de soins. L'obligation de soins, contrainte imposée le droit, permet d'aller vers une réduction des risques et des dommages.

Conclusion des pratiques « dans » et / ou « avec le droit »

L'ensemble de ces témoignages montrent qu'il est possible de « pratiquer » dans le droit. Bien plus, il existe une rencontre entre droit et réduction des risques et des dommages, le droit n'étant plus alors regardé comme une contrainte négative, mais comme une contrainte positive *(essentiellement par l'intervenant soignant ou l'accompagnant mais beaucoup moins par le condamné)* : il devient une clé pour aller vers la réduction des risques et des dommages.

Les pratiques, l'accompagnement, dans le droit et avec le droit, sont donc sur la bonne voie même si, des pistes d'amélioration peuvent être entrevues :

– un travail nécessaire autour de la notion de « partage » du secret médical/secret professionnel : ce secret reste encore trop souvent une barrière entre les différents protagonistes d'une prise en charge psychiatrique ou autre ;

– une poursuite des efforts entrepris en vue d'une meilleure collaboration, dans le cadre d'une obligation de soins, entre les équipes soignantes (*médecins, psychiatres, urgentistes, infirmiers, pharmaciens, etc.*) et le milieu judiciaire (*forces de l'ordre, éducateurs de la protection judicaire de la jeunesse, conseillers pénitentiaire d'insertion et de probation, etc.*). A cet égard, pourrait être proposée la mise en place de rencontres périodiques entre ces professionnels : magistrats, psychiatres, addictologues, infirmiers, éducateurs, intervenants SPIP, SEMO, CEF, CARRUD, CASAPA, etc.

Table-ronde 2

Prendre en charge les addictions avec le droit plutôt que malgré le droit ou contre le droit

2nde partie – Attentes des praticiens du secteur médico-social dans la zone océan Indien

Dr Pooman KANGLOO-BISSESSUR

Médecin psychiatre et addictologue (Ile Maurice)

Dr Andriantahiana RABEZATO

Médecin en service psychiatrique, CHU Hôpital de Toamasina (Madagascar)

Dr Ali Mohamed YOUSSOUF

Médecin à l'UCSA et service d'addictologie du Centre Hospitalier de Mayotte

Mayotte, Madagascar, l'Ile Maurice, trois territoires de l'océan Indien qui ont des points communs certains :

– une population jeune, voire très jeune[1] ;

– un niveau de vie peu élevé pour une grande partie des habitants[2] ;

– une consommation de stupéfiants en progression, notamment chez les jeunes[3].

---

[1] 60% de la population de Mayotte a moins de 25 ans, 50% a moins de 18 ans. 61% de la population malgache a moins de 25 ans. L'Ile Maurice reste toutefois bien en retrait de ces chiffres avec « seulement » 19% de la population qui a moins de 15 ans.

2 Les trois quarts de la population malgache vit en dessous du seuil de pauvreté. A Mayotte, en 2016, le chômage touchait 27,1 % de la population, chiffre qui atteint 49 % chez les jeunes. Mayotte est classée selon son PIB (8 300 € / habitant) comme la région la plus pauvre de l'Union Européenne.

[3] A Madagascar, la moitié des consommateurs de cannabis sont des jeunes de 15 à 20 ans. Durant ces trois dernières années, la police mauricienne a constaté que le cannabis, l'héroïne et

Quelle place est alors offerte, sur ces territoires, à la réduction des risques et des dommages liés aux stupéfiants ? Que prévoit la législation et quelles sont les pratiques ? Quelles problématiques se posent ?

Force est de constater que la réduction des risques et des dommages liés aux stupéfiants a du mal à trouver sa place dans la mesure où elle se heurte à des législations particulières : loi en sa faveur mais qui reste inappliquée à Madagascar (I), loi régressive à l'Ile Maurice (II), loi ambiguë à Mayotte (III).

I.- La réduction des risques et des dommages : une législation inappliquée à Madagascar

A Madagascar, on constate une consommation endémique de cannabis, avec comme caractéristique une utilisation traditionnelle en déclin et une utilisation récréative en augmentation.

La population rurale de Madagascar est généralement très démunie et la culture de cannabis sert à fournir un revenu pour faire vivre la famille. La majeure partie de la culture de cannabis produit localement sert pour la consommation domestique même si une petite partie part vers les îles voisines (La Réunion, Maurice) et en Afrique continentale.

Des mesures de répression et d'interdiction de culture et de consommation existent depuis le XVIII^{ème} siècle. Le code des 305 articles du 29 mars 1881 prévoyait en son article 181 « *l'interdiction de culture des plantes constituant la source végétale de drogues illicites* ». Aujourd'hui, c'est la loi n° 97-039 du 4 novembre 1997 sur « *le contrôle des stupéfiants et substances psychotropes et des précurseurs* » qui constitue le support juridique et réglementaire des mesures de répression en matière d'usage et trafic de drogues à Madagascar.

Les arrestations pour possession de cannabis sont rares mais lorsqu'elles ont lieu elles sont susceptibles d'entraîner des peines d'emprisonnement lourdes[4].

Deux idées contradictoires prédominent :

– les partisans d'une répression systématique répondent qu'une interdiction vaut mieux qu'une recommandation et que la sanction est la réaffirmation solennelle de la dangerosité des drogues ;

le subutex sont les drogues les plus consommées ; parallèlement depuis 2012 les drogues de synthèse ont pris une ampleur inquiétante, notamment chez les jeunes.

[4] Peines de 5 à 10 ans d'emprisonnement en vertu de l'article 99 de la loi de 1997.

– d'autres estiment que la toxicomanie est une maladie et qu'il est anormal de punir un individu malade.

Que dit alors la loi ? En cas d'usage de cannabis, la loi de 1997 laisse aux magistrats la possibilité soit de condamner le toxicomane à une peine allant de 5 à 10 ans d'emprisonnement soit, « *en remplacement ou en complément de la peine, l'inviter à se soumettre au traitement ou aux soins appropriés à son état* »[5]. Pour autant, le chemin qui mène à la seconde solution s'avère malaisé.

En effet, si la loi retient une alternative répression / traitement, un choix est laissé au toxicomane qui peut préférer la condamnation au suivi d'un traitement. La réduction des risques par le biais d'un traitement ou de soins appropriés, bien que prévue par la loi, reste limitée puisqu'elle suppose l'acceptation du traitement par le toxicomane.

Ensuite, au cas où le toxicomane serait sous traitement, l'encadrement de celui-ci pose un problème. En effet, pour le suivi d'un traitement, le schéma multidisciplinaire qui commence par le dépistage et se termine par la réinsertion sociale de l'usager par des spécialistes de différentes disciplines n'existe pas à Madagascar.

Ainsi la loi n'intervient-elle que pour réprimer alors que pour réduire la demande de stupéfiants, il faudrait établir une prévention efficace. La personne placée en détention ne s'inscrira pas dans une dynamique de réinsertion mais pourra au contraire être *in fine* davantage marginalisée et, le cas échéant, « s'enfoncera » dans la délinquance.

Contrairement à d'autres Etats où la consommation personnelle est sanctionnée en premier lieu pour conduire les toxicomanes à se faire soigner, Madagascar reste très en retrait d'une telle possibilité. Ceci est d'autant plus vrai que si la loi admet que les traitements et les soins peuvent remplacer la condamnation ou la peine, elle ne prévoit pas qu'ils puissent se substituer à la poursuite.

La non-application des dispositions de la loi en faveur de la réduction des risques et des dommages à Madagascar interroge. La répression domine. Faut-il réviser la loi malgache ? Ne faudrait-il pas mettre en place de véritables dispositifs de suivi de traitement (*ce qui bien sur demande et la volonté et les moyens financiers*) ?

[5] L'article 115 de la loi de 1997.

II.- La réduction des risques et des dommages face à une législation régressive à l'Ile Maurice : les programmes de méthadone

L'Ile Maurice a connu un développement économique certain et les drogues y sont présentes. Après l'introduction de l'héroïne dans les années 1970, le nombre de consommateurs de cette substance n'a fait qu'augmenter dans les années 1980-1990[6]. Le pays a ainsi longtemps figuré à la première place dans la liste des pays d'Afrique consommateurs d'héroïne.

Cette consommation a entraîné de nombreuses problématiques liées au VIH, avec un taux de prévalence qui a continué de grimper. Vers 2005, cette situation a atteint un pic inquiétant : plus de 70% des dépistés positifs pour le VIH étaient des utilisateurs de drogues.

Dans un objectif de réduction des risques, principalement des risques d'infections au VIH / SIDA, le gouvernement a mis en place dès 2006 des programmes de méthadone et d'échange de seringues sur des sites de distribution. Pionnière en la matière, l'Ile Maurice a été le premier pays d'Afrique pour ces programmes.

Ces programmes ont permis un net recul de l'épidémie de VIH. Toutefois, beaucoup de critiques ont surgi. Les programmes ont été très controversés et décriés. Certains ont parlé de comportements antisociaux des consommateurs sur les sites de distribution, de pratiques malveillantes y compris l'existence de détournement de la méthadone et l'instauration de trafics.

En 2014, un changement de gouvernement est intervenu. Celui-ci a imposé des restrictions aux programmes.

En 2015, le gouvernement a décidé la décentralisation des sites de distribution. La décentralisation a permis de passer de 17 sites de distribution à 39 sites, pour une population d'environ 4 600 usagers. Ceci a permis une certaine « décongestion » des lieux et une meilleure organisation. Toutefois, la distribution qui se faisait par des dispensaires se fait désormais dans l'enceinte de postes de police. Ce changement n'est pas anodin puisqu'il marque le passage d'une prise en charge médicale à une prise en charge policière (*la méthadone est distribuée certes par des infirmiers mais devant des policiers*). Dans ces conditions, il existe nécessairement le risque d'une « désaffection » des usagers à l'égard de ces programmes de peur d'être stigmatisés, fichés voire arrêtés.

[6] A l'heure actuelle, on dénombre quelques 10 000 utilisateurs de drogues injectables.

Cette évolution ne va-t-elle pas constituer un frein à la réduction des risques et des dommages qui jusque-là semblait être sur la bonne voie ? Ne pourrait-on pas envisager une distribution dans les hôpitaux ? Peut-on encore considérer l'Ile Maurice comme « pionnière dans l'océan Indien » à la lumière de cette nouvelle politique de gestion des addictions ?

III.- La réduction des risques et des dommages face à une législation ambiguë à Mayotte : la problématique de la « chimique »

La « chimique » est un produit en provenance de l'Asie du sud-est sous forme de poudre qui une fois arrivée sur Mayotte est diluée dans de l'alcool afin que cette solution soit ensuite mélangée à des feuilles de tabac ou d'autres produits. L'ensemble est alors séché puis fumé sous forme de joints.

L'usage de la « chimique » à Mayotte date de 2013 et, depuis 2015, il existe une véritable épidémie. Non seulement la « chimique » touche de nouveaux consommateurs, mais il existe de nombreux usagers de cannabis qui sont « passés » à la « chimique ».

Sur le plan sanitaire, la « chimique » est un produit extrêmement dangereux, qui peut entraîner une rapide dépendance voire le décès de l'usager[7]. Les effets secondaires, recherchés ou subis, sont nombreux : crise de panique ; délires de type persécution, paranoïa, dépersonnalisation et déréalisation, hallucinations ; tremblements, convulsions, agitations ; difficultés respiratoires, vomissements et douleurs abdominales ; troubles cardiaques.

La consommation de cannabis semble entraîner moins de problèmes de santé physique et mentale : pas de folie, pas de décès, pas de pathologies lourdes liées à l'usage de cette drogue, pas de phénomène d'agressivité, au contraire, beaucoup de jeunes s'endorment (*la « chimique » provoque l'effet inverse avec des comportements de nervosité et de violence*).

Il ne s'agit naturellement pas d'un plaidoyer en faveur de la consommation de cannabis mais d'une comparaison des effets secondaires des substances pour mettre en garde contre ceux – beaucoup plus inquiétants – de la « chimique ». Or, d'un point de vue juridique, la « chimique » est un statut incertain dans la mesure où tant que la substance n'a pas été analysée pour savoir si c'est un produit de synthèse inscrit sur la liste des produits stupéfiants, elle peut être considérée

[7] Trois cas de décès suspects ont pu être répertoriés (2 en 2014 et 1 en 2015) mais sans certitude absolue qu'ils soient liés à la chimique faute d'autopsie.

comme un médicament ou autre (*en tout état de cause, une substance non nécessairement interdite par la loi*). Sa composition, à partir de nouveaux produits de synthèse, rend cette nouvelle drogue non illégale et aucune infraction ne peut être retenue à l'encontre des usagers comme des trafiquants. Le cannabis, au contraire, est un stupéfiant bien répertorié, avec un statut juridique clair, celui d'un stupéfiant illégal.

Le cas de la « chimique » illustre bien le problème de la rencontre du juridique et du sanitaire. Le service d'addictologie de Mayotte a constaté que de patients sous cannabis, dont l'état était maîtrisé au plan sanitaire, on est passé progressivement à des patients sous « chimique » avec un statut juridique ambigu et un état physique et mental beaucoup plus inquiétant. Les deux produits agissant au même niveau des récepteurs du cerveau, il serait envisageable de faire revenir les patients sous « chimique » vers le cannabis (dont la dangerosité sanitaire semble moindre), toutefois, la loi ne le permet pas.

Il n'est donc pas possible de passer d'un produit au statut juridique ambigu mais particulièrement délétère pour la santé à un produit juridiquement interdit mais moins nocif.

Les praticiens s'interrogent : Doivent-ils privilégier la loi au détriment de la santé des patients ou privilégier la santé des patients en leur offrant de revenir en arrière, puisqu'il s'agit bien de patients qui étaient avant sous cannabis, en permettant de contrôler leur consommation voire de les sortir de là ? La législation ne devrait-elle pas s'adapter plus rapidement à l'apparition de nouvelles substances ?

Table-ronde 3

Réponses et expérimentations possibles au plan national et à l'échelle de La Réunion

Timothée BALESTRERI

Intervenant de rue en addictologie du Réseau Oté !

Laure BENITAH

Intervenante de rue en addictologie du Réseau Oté !

Xavier de BONNAVENTURE

Attaché Temporaire d'Enseignement et de Recherche à l'Université de Paris II

Renaud COLSON

Maître de conférences à l'Université de Nantes

Membre du laboratoire Droit et Changement Social

Jean-Pierre COUTERON

Psychologue clinicien, Président de la Fédération Addiction

Dr Patrice HEMERY

Médecin généraliste, Président du Réseau Oté !

et Membre du Conseil Scientifique et Président par intérim de l'association SAOME

Cathy POMART

Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles

Centre de Recherche Juridique (EA n°14) - Université de La Réunion

Brian TOURRE

Chargé de mission MILDECA à la Préfecture de Mayotte

Représentant du sous-préfet de Mayotte

Les praticiens des secteurs médicaux, éducatifs et sociaux ont posé un panorama assez complet de leurs attentes en matière d'accompagnement des personnes souffrant d'addictions. Il s'agit donc maintenant de tenter d'apporter des éléments de réponses à ces attentes. Deux pistes de réflexion ont été avancées.

Tout d'abord, force est de constater que le terrain n'est pas totalement vierge et que, à force d'attendre des évolutions législatives et réglementaires qui peut-être viendront un jour, certains acteurs et certaines structures ont déjà pris des initiatives. Les initiatives et expérimentations locales qui ont été déployées témoignent de la volonté d'aller plus loin dans la réduction des risques et des dommages, de faire encore davantage que ce qui existe déjà. Le temps est venu de mettre en lumière ces initiatives et expérimentations et de les valoriser (I).

Ensuite, il semble que le temps du droit ne soit pas celui des praticiens. En attendant que la réduction des risques et des dommages trouve pleinement sa place en droit français et dans les pays de la zone océan Indien, les praticiens sont dans une zone de flou. Ce flou a du bon si cela permet d'aller vers des solutions optimales. Mais le flou a aussi des aspects négatifs s'il a pour conséquence que les différents acteurs de la prise en charge des addictions se renvoient la balle (*la « balle » étant la personne qui a besoin d'une prise en charge et dont ne sait plus trop si elle relève du droit / de la répression ou du soin au sens large*). En tout état de cause, l'évolution du droit ne semble pas en phase avec les attentes des praticiens. Plusieurs propositions d'évolution de la législation ont pu être émises à la faveur de cette manifestation et doivent être approfondies (II).

I.- Des initiatives et expérimentations locales à valoriser

Plusieurs initiatives et expérimentations ont vu le jour ces dernières années. Tout d'abord, de bonnes pratiques associatives dont les bénéfices, en termes de réduction des risques, sont avérés mais qui nécessitent un accompagnement (A). Ensuite, des actions plus institutionnelles dont la réussite appelle une reconduite (B). Enfin, un projet de réseau sur l'ensemble de la zone océan Indien retient particulièrement l'attention des professionnels de la réduction des risques : ce projet, encore à l'état embryonnaire, doit être développé et soutenu (C).

A.- De bonnes pratiques associatives à accompagner

Deux initiatives en matière de réduction des risques et des dommages liés aux stupéfiants doivent être mises en exergue. La première est une expérimentation de la réduction des risques en milieu festif (1). La seconde est la proposition d'un dispositif expérimental d'encadrement de prescription, hors

autorisation de mise sur le marché, d'un médicament aujourd'hui largement détourné de son usage (2).

1 – L'expérimentation de la réduction des risques en milieu festif

Il s'agit d'une expérimentation initiée par le Réseau Oté ! lequel œuvre depuis de nombreuses années dans l'accompagnement médico-psycho-social des personnes souffrant d'addictions ainsi que dans le domaine de la prévention et de la réduction des risques et des dommages.

L'objectif de la réduction des risques et des dommages est d'être au plus près des usagers de drogues licites ou illicites, d'aller vers eux, pour leur proposer un accès au droit, un accès aux soins, un discours de réduction des risques. Il s'agit de les accompagner au mieux dans ce qu'ils souhaitent, dans un projet donné et de permettre à la personne de faire des choix éclairés.

« Aller vers » c'est aller au-devant des personnes, proposer un vrai discours, proposer une réduction des risques.

Pourquoi intervenir en milieu festif ? En milieu festif, l'objectif est d'élargir l'éventail de propositions. Il s'agit d'une prise en compte d'un public particulier dans un contexte spécifique.

En milieu festif, on ne célèbre pas nécessairement quelque chose mais on célèbre l'évènement en lui-même. On se situe dans le cadre de la « *rave party* » ou de la « *free party* ». Si la « *rave party* » tend de plus en plus à être légalisée, organisée, payante, sous forme de concerts, la « *free party* », même si l'on y écoute le même style de musique et avec le même public, est quelque chose qui se revendique libre, gratuit voire clandestin. Les participants à ces « *free party* » expliquent que ce qui est important et attire, c'est l'esprit de s'investir dans la musique à fond, de vivre dans toutes sortes d'excès, de retrouver des impressions primitives. Ils parlent d'une « *zone autonome temporaire* », une parenthèse dans le monde sur un lieu donné, pendant un temps donné, où il n'y a plus de police, de vigiles mais une autorégulation entre pairs avec des règles qu'eux-mêmes se sont fixées.

Que ce soient des soirées légales avec autorisation ou des soirées illégales, il y circule toutes sortes de substances psychoactives - cette présence de substances est une réalité et c'est même revendiqué par les participants - et on peut observer une concentration de majoration des risques dans cette parenthèse du quotidien.

Ce public n'est pas forcément accessible aux intervenants « habituels » en addictologie. La personne vient sur les lieux, il y a un début et une fin de soirée au cours de laquelle elle vit plein d'expériences - musicales ou autres -, puis,

ensuite, il y a un retour à la réalité, une vie de famille, un travail, une vie dans laquelle elle est socialement insérée. La personne est à distance des dispositifs « d'aller vers » qui sont proposés normalement (par exemple dans la rue).

L'idée c'est donc d'amener l'information, d'amener la réduction des risques vers les lieux de consommation où cette information n'existe pas nécessairement.

A La Réunion, en moyenne, il y a une ou deux soirées festives chaque week-end, pas toujours légales, sur des terrains privés ou publics, avec consommation de produits stupéfiants. Il existe des évènements légaux que l'on retrouve chaque mois de manière régulière dans les bars. S'y ajoutent de gros festivals de musique électronique avec autorisation de la préfecture.

Ce qui légitime la présence des intervenants du Réseau Oté ! ce sont les potentiels risques que prennent les personnes avec des consommations de produits sur place qui ne sont pas toujours bien dosés ni bien mélangés. Par ailleurs, les personnes ne sont pas toujours au courant de ce qu'elles achètent. Les intervenants essaient d'identifier les substances consommées et tentent de donner un maximum d'informations.

Le projet, entrepris en 2015, a été axé autour de deux idées principales.

La première idée était de créer un pôle associatif d'intervention sur ces événements festifs avec des intervenants de divers milieux afin d'avoir une pluridisciplinarité sur place. Accompagner les personnes toxicomanes, c'est se situer à plusieurs frontières : la santé, la maladie, le plaisir, la souffrance, l'insertion, l'exclusion. Pour cela il faut être plusieurs. Plusieurs compétences, plusieurs corps de métiers pour que chacun explique sa vision des choses et que tous ensemble on puisse aider la personne dans sa globalité et prendre en compte toute sa problématique.

La seconde idée était que l'intervention soit modulable selon le type d'évènement, officiel ou illégal, de petite ou grande ampleur ; selon que les intervenants montent un stand ou qu'ils se promènent dans le public en offrant du matériel d'information ; selon que l'intervention se fasse toute la nuit, sur un morceau de soirée, le matin en sortie de soirée.

L'expérimentation a pris fin en 2017. Il y a donc un peu plus d'un an et demi. Les résultats se sont révélés encourageants et les retours ont été positifs :

– prises de contact avec les différents organisateurs d'évènements festifs sur l'île pour dans un premier temps informer de l'existence d'un tel dispositif et expliquer les objectifs de réduction des risques ; dans un second temps demandes

aux organisateurs de permettre un accès au site, avec entrées et sorties illimitées et si possible un endroit pour s'installer ;

– participation à 11 évènements, illégaux et officiels, dont deux sur plusieurs jours ;

– rencontres avec plus de 1500 personnes et échanges sur des consommations de substances psychoactives légales ou illégales. ;

– distribution de matériel de réduction des risques dont des préservatifs, des « roule ta paille », des brochures d'information, des flyers et des bouchons d'oreilles.

La poursuite de ce type d'actions, qui a fait ses preuves, est cependant incertaine en raison d'un manque de moyens dédiés au volet des actions de réduction des risques :

– Il s'agit d'abord d'un manque de moyens financiers (*participer à ces évènements festifs entraîne une distribution importante de matériel de réduction des risques et donc un surcoût par rapport au budget de l'association*).

– Il s'agit aussi d'un manque de moyens humains (*les intervenants prenant part à ce type d'actions ne sont pas disponibles pour leur mission première. Ils doivent donc assumer ces initiatives en plus de leur activité).*

– Il peut également exister un frein lié aux représentations que l'on se fait de ces interventions : certains organisateurs estiment que cela ne les concerne pas, qu'il n'y a pas de consommation de drogues sur leur festival et que la présence des intervenants risque d'être associée à d'éventuelles représailles de la police. Il faut donc expliquer mais cela prend du temps. Il faut se faire une réputation, faire comprendre quels sont les objectifs et qu'il ne s'agit ni d'embêter les festivaliers en leur faisant la morale ni d'attirer l'attention de la loi sur les organisateurs.

La réduction des risques en milieu festif, mission nouvelle pour le Réseau Oté !, semble avoir donné de bons résultats. La pérennisation d'une telle initiative ne peut toutefois être envisagée que par l'obtention de budgets adaptés (*pour employer plus de personnes et surtout pour acheter du matériel de réduction des risques afin de le distribuer*).

2 – Proposition de dispositif expérimental d'encadrement de la prescription hors Autorisation de Mise sur le Marché de trihéxyphénidyle -Artane®, Parkinane® - à La Réunion

Le pourquoi de la proposition. L'usage détourné de trihéxyphénidyle (Artane®) à La Réunion, avec recherche d'effets stimulant, anxiolytique,

antidépresseur voire dopant sportif ou sexuel, date des années 1970 et constitue une particularité sur le territoire français par son ampleur et son importance croissante[1].

Certains patients, estimés à quelques centaines, présentent une maladie addictive parfois sévère et ne peuvent contrôler leur comportement d'usage. L'Artane® est un des rares psychotropes n'ayant aucune règlementation particulière.

Les pratiques d'accompagnement de ces patients, souvent stigmatisés, sont très hétérogènes aussi bien en ville qu'en milieu spécialisé (addictologie) : certains praticiens et pharmaciens refusent toute prescription/délivrance tandis que d'autres prescrivent/délivrent sans précaution ni suivi particulier ; certains patients bénéficient de contrats de soins et d'un suivi rapproché, là aussi spécifique à chaque lieu d'accompagnement.

La proposition. Le phénomène « Artane® » est un problème de santé publique réunionnais et sûrement au niveau de l'océan Indien (Ile Maurice et Madagascar). Dans un souci de réduction des risques et des dommages liés à l'usage de drogues la société réunionnaise, les professionnels de santé et de sécurisation des parcours de soins ont constitué un groupe de travail pluridisciplinaire réunissant des professionnels de santé qui ont proposé un dispositif expérimental de prescription hors autorisation de mise sur le marché encadrée d'Artane® d'une durée minimale idéale de 4 ans.

Il s'agit d'un projet issu du terrain, à la demande d'addictologues préoccupés par les patients, répondant également à une demande de la MILDECA (Mme Jourdain-Menninger, son ancienne présidente en 2015).

Les objectifs et résultats attendus sont nombreux :

– l'amélioration de l'accès aux soins des usagers ayant un trouble de l'usage du THP ;

– l'amélioration globale de la santé sur les plans addictologique, somatique, psychologique, social, relationnel, sexuel et judiciaire et du bien-être général ;

– l'harmonisation des pratiques, avec l'apport d'une cohérence dans les accompagnements afin d'améliorer et de sécuriser le parcours de soins du patient, l'amélioration du travail en réseau ;

– la diminution du nomadisme médical et pharmaceutique et la diminution de l'approvisionnement en THP par les circuits illégaux :

[1] La première alerte date de 30 ans dans un article écrit par le Dr JAY en 1988.

– la baisse du trafic de THP (en faisant baisser la demande illégale et le nomadisme) ;

– la démonstration de la faisabilité d'un tel dispositif et son acceptabilité par les soignants, les patients et les partenaires.

Plusieurs modalités de mise en place et de déroulement du projet ont été établies.

Concernant le patient et sa prise en charge « sanitaire » :

– il s'agit patients majeurs ayant une addiction au THP,

– dans le cadre d'un contrat de soins,

– avec des prescriptions sur ordonnances sécurisées pour une durée limitée,

– une initialisation en centre addictologique (CHU ou CSAPA),

– avec bilan global médical, psychologique et social,

– relais en ambulatoire vers un binôme médecin/pharmacien dès que la situation clinique est équilibrée, et ouverture d'un dossier pharmaceutique (nécessité d'avoir une carte vitale à jour),

– des dosages sanguins de THP possibles dans le cadre de ce dispositif,

– un carnet d'auto-suivi et accompagnements personnalisés.

Au niveau de l'encadrement et des équipes concernées sont prévues des réunions interprofessionnelles entre équipes d'addictologie, médecins et pharmaciens traitants, des déclarations d'addictovigilance (CEIP[2] de Bordeaux), une évaluation annuelle par une commission de suivi incluant les tutelles régionales (ARS, préfecture, CGSS), un lien régulier avec les institutions concernées.

Quels résultats aujourd'hui ? Ce projet a été présenté et a recueilli un avis favorable en 2016 :

– au niveau local auprès de la Préfecture de La Réunion, l'Agence Régionale de la Santé Océan Indien, le conseil de l'ordre des médecins, le conseil de l'ordre des pharmaciens, la Caisse Générale de Sécurité Sociale, le service médical de l'assurance maladie ;

[2] Centre d'Evaluation et d'Information sur la Pharmacodépendance.

– au niveau national auprès de la MILDECA[3] et la commission T2RA consultative de la Direction Générale des Services.

Toutefois il existe des difficultés de mise en place concrète :

– pas de réponse officielle de la DGS depuis un an ;

– refus de l'ARS Océan Indien qui attend l'aval de la DGS ;

– méconnaissance du projet par les professionnels de la santé et autres (notamment les professionnels de la justice, non associés à la démarche) ;

– impact de la récente « affaire Artane® » avec des maladresses et une perte du suivi de patients, une pression importante de patients sous THP dans les CSAPA lors de la rupture de stock de septembre-octobre 2017.

Le projet Artane®, malgré toute la bonne volonté de ses initiateurs, est aujourd'hui en attente de déblocage. Il s'agit pourtant d'un projet de santé publique, alliant réduction des risques et des dommages et « Aller vers » qui pourrait évoluer vers une modélisation possible pour d'autres médicaments détournés de leur usage et / ou nouvelles drogues.

B.- Des actions « institutionnelles » concluantes à reconduire

La mission interministérielle de lutte contre les drogues et conduites addictives (MILDECA) a fait le pari d'un effort orienté vers les populations qui, pour des raisons sanitaires ou sociales, sont les plus exposées aux risques et aux dommages associés aux consommations de substances psychoactives et auprès de tous en milieux scolaire, festif et professionnel.

A Mayotte, où près de 50% de la population a moins de 18 ans, la priorité des actions a été axée sur la prévention et la sensibilisation d'une population très jeune dans le but de retarder et prévenir la première consommation.

Deux actions, portées par la MILDECA, sont particulièrement significatives à cet égard. La première résulte d'un appel à projet lancé conjointement avec l'Agence Régionale de la Santé auprès des communes et des associations qui œuvrent en faveur de la prévention : action du Centre Communal d'Action Sociale (CCAS) de Dzaoudzi-Labattoir (1). La seconde est une action en partenariat avec l'Instance Régionale d'Education et de Promotion de la Santé (l'IREPS) de Mayotte (2).

[3] Mission Interministérielle de Lutte contre les Drogues et les Conduites Addictives.

1 – L'action du CCAS de Dzaoudzi-Labattoir

Ce projet de prévention des addictions, étalé sur trois ans, a débuté à la fin de l'année 2016 à Mayotte.

La structuration d'une politique publique en faveur de la lutte contre les drogues et les conduites addictives étant récente sur ce territoire, il est apparu nécessaire de disposer d'informations sur certains points : *quels sont la population, les publics, les quartiers, les territoires qui ont besoin d'informations sur les addictions ?* La première phase du projet, financée fin 2016, a ainsi consisté à repérer les groupes vulnérables nécessitant une aide face aux addictions. Le CCAS a repéré 13 groupes répartis dans différents quartiers avec une typologie précise, formalisée au départ selon l'âge, le type d'addiction, le type de violence associée (*délinquance, combat de chiens, alcool, vol*…). Ensuite, au sein de chacun de ces groupes, ont été repérés les leaders mais aussi les personnes qui pourraient être volontaires pour des actions de prévention.

Est intervenue la deuxième phase, financée en 2017, avec le montage d'ateliers de prévention. Sur la base des 13 groupes répertoriés précédemment, le CCAS s'est appuyé sur tout un réseau d'associations dans le domaine de la musique, du sport, de l'insertion, de la danse, de la poésie, du slam pour essayer - à travers la création artistique de volontaires - de produire des supports de prévention relativement aux addictions.

L'objectif de 2018 est de soutenir la troisième phase qui est celle de la présentation des supports de prévention réalisés par les jeunes eux-mêmes et ensuite de leur valorisation. L'objectif est que les jeunes, devenus acteurs de prévention, puissent ensuite porter le message auprès de leurs pairs et des autres jeunes de la commune.

Cette expérience est particulièrement importante dans la mesure où elle est à la fois durable (elle s'inscrit sur plusieurs années), et surtout qu'elle a une approche territorialisée ce qui a permis de repérer les jeunes et d'en amener certains à s'approprier un message de prévention.

Le succès de cette action a encouragé les partenaires institutionnels à la poursuivre et la consolider mais également à reconduire et développer ce type d'expériences sur d'autres communes où il existe des problématiques d'addictions et de violence.

2 – L'action réalisée par l'IREPS de Mayotte

Il s'agit d'une expérimentation, initiée par la MILDECA, afin de déterminer quels pourraient être les supports de prévention adéquats, susceptibles de toucher

un maximum de personnes. La MILDECA a ainsi financé un concours réalisé par l'IREPS de Mayotte auprès des établissements scolaires et des associations.

Le but est de permettre aux jeunes d'être des forces de proposition de messages de prévention concernant les addictions, de les inciter à créer des outils de prévention autour de trois catégories proposées : création de dessins, création de films, création de textes (poésie et slam).

A l'issue du concours, en 2017, ont été sélectionnés les meilleurs projets dans chacune des trois catégories.

La question est désormais de voir comment valoriser ces productions et comment remobiliser les jeunes pour qu'ils puissent porter le message aux autres publics scolaires (le message a vocation a être porté par les jeunes eux-mêmes pour avoir un impact plus fort).

C.- Un projet de réseau régional à développer et à soutenir

Depuis quelques temps, l'idée a été avancée de construire un réseau, dédié aux addictions non plus sur la seule île de La Réunion mais au niveau de l'océan Indien, en partenariat avec Les Seychelles, l'Ile Maurice, Madagascar, la France (La Réunion et Mayotte), Les Comores. Plusieurs pistes ont ainsi été émises pour la constitution d'un réseau *Addicto océan Indien*.

Ce réseau s'inscrit dans un contexte qui comporte plusieurs points communs :

– une situation géographique commune ;

– une multi-culturalité dans chacun des Etats envisagés ;

– une circulation entre les îles des personnes et des biens (*des drogues*) ;

– les démarches de prévention et d'accompagnement des personnes aux conduites addictives.

Mais il existe aussi des différences puisque le réseau envisagé concerne :

– divers Etats aux législations différentes, tant sur l'usage que sur le trafic de stupéfiants,

– avec des problématiques différentes quant aux stupéfiants - chimique, opiacés, VIH, VHC, cannabis, médicaments détournés de leur usage -,

– avec des accompagnements et des dispositifs différents.

La question est alors de savoir comment construire ensemble, sur des bases communes, tout en prenant en compte les différences existantes.

Un premier pas, relativement aisé, est d'identifier les divers intervenants - personnes ou associations - investis en addictologie et dans la santé de la population de chacun des Etats concernés.

Déterminer sous quel protocole, suivant quelles modalités le réseau va pouvoir se bâtir est plus difficile. Faut-il créer une association ou un collectif d'associations ? Faire porter / coordonner le projet par SAOME ? Travailler avec l'ARS OI, la Préfecture, la Commission de l'Océan Indien ? Autant de questions qui pour l'heure semblent sans réponse.

En pratique, il existe un état des lieux (*pour La Réunion, il a été dressé notamment par l'Observatoire Régional de la Santé*), des échanges d'expériences et d'actions entre praticiens, des formations (*Diplôme universitaire « addictologie » en e-learning*), des colloques qui permettent à l'ensemble des acteurs de se rencontrer.

II.- Des propositions d'évolution de la législation à étudier

En matière de stupéfiants, le cadre législatif actuel repose sur la loi du 31 décembre 1970 qui poursuit sur un double objectif : réprimer les usages et trafics de stupéfiants mais aussi offrir un panel de soins.

Plusieurs interrogations se sont posées quant à cette législation :

– Ne serait-elle pas dépassée, en inadéquation avec l'évolution de la pratique des professionnels ? [*on pense notamment aux difficultés rencontrées par les praticiens lors de la prescription et la délivrance de produits tels les traitements de substitution aux opiacées ou encore aux éducateurs-sociaux dans leur pratique de tous les jours*] ;

– Ne serait-elle pas lacunaire sur certains points ? [*on pense à la problématique de la chimique et à l'impossibilité, dans cerrtains pays, de réprimer les usagers et trafiquants en raison d'un « flou juridique »*] ;

– Ne pourrait-elle pas être améliorée pour prendre en compte la spécificité des infractions liées à l'usage de stupéfiants ? Ne pourrait-elle pas évoluer vers plus de souplesse, moins de répression ? un nouveau cadre pénal ?

Il est possible, dès à présent, de répondre à l'interrogation relative à l'impossibilité de réprimer l'usage et le trafic de « chimique » à Mayotte.

Un arrêté du 31 mars 2017 est venu clarifier la situation : au regard de la forte toxicité de ces nouveaux produits de synthèse, l'Agence Nationale de Sécurité du Médicament a décidé d'inscrire 12 familles chimiques et 10 nouvelles substances sur la liste des stupéfiants, lesquelles sont désormais considérées comme illégales[4].

Pour le reste, il faut s'en tenir à diverses propositions. Certaines envisagent de transformer, de manière plus ou moins radicale, le cadre législatif actuel (A), d'autres sont plus enclines à apporter des améliorations au cadre législatif actuel (B).

A.- Transformer le cadre législatif actuel

Transformer le cadre législatif actuel consisterait à revenir sur la loi de 1970 laquelle considère comme un délit punissable « *d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende* »[5] l'usage de stupéfiants, sans distinction de produit. Aujourd'hui de nombreuses voix s'élèvent pour demander des modifications de cette législation.

Plusieurs idées : un renversement du cadre législatif actuel, en choisissant la dépénalisation de l'usage de stupéfiant (1) ; un bouleversement, dans le cadre de la répression, en choisissant la contraventionnalisation du délit d'usage ou la forfaitisation délictuelle (2).

1 – Le choix de la dépénalisation de l'usage ?

La dépénalisation – c'est-à-dire la suppression de la qualification pénale prévue en matière d'usage de stupéfiant – est une piste envisageable et on songe à l'expérience réalisée au Portugal. Dans les années 1990, le pays fait face à de gros problèmes de consommation d'héroïne (*1% de la population aurait alors été concernée*) avec toutes les problématiques associées (*nombreux décès liés au SIDA et overdoses*). En 2001, le pays a décidé de dépénaliser l'usage de toutes les drogues et d'axer sa politique sur les traitements et des suivis médicaux. Malgré la désapprobation et le scepticisme de la communauté internationale, les résultats semblent tangibles : une quinzaine d'années plus tard, le pays a divisé par deux la consommation d'héroïne en passant de 100 000 à 50 000 usagers ; le nombre d'overdoses est passée de 80 à 16 par an[6] ; les nouvelles infections au VIH ont chuté[7] et le taux de décès lié à la drogue est 5 fois inférieur à la moyenne de

[4] Arrêté du 31 mars 2017, modifiant l'arrêté du 22 février 1990 fixant la liste des substances classées comme stupéfiants, *JORF*, 6 avril 2017.
[5] Article L. 3421-1 du Code de la Santé publique.
[6] Chiffre de 2012.
[7] 1 016 en 2001 à seulement 56 en 2012.

l'Union Européenne. Il existe donc déjà un exemple concret - qu'il convient de garder en mémoire et d'évoquer - de dépénalisation qui fonctionne et qui a donné d'excellents résultats.

2 – Le choix de la contraventionnalisation ou de la forfaitisation délictuelle de l'usage ?

C'est une piste tout à la fois intéressante et dangereuse car l'idée d'une contraventionnalisation de l'usage de stupéfiants – c'est-à-dire la transformation du délit correctionnel en une simple contravention – est susceptible de provoquer des réactions très variées.

L'idée séduit les personnes qui estiment qu'il faut sanctionner plus, et plus systématiquement. La contraventionnalisation permettant de ne pas « s'encombrer » d'une individuation de la sanction pénale et de s'inscrire dans une logique de répression systématique. L'idée séduit également les partisans d'une dépénalisation qui y voient une première étape vers la légalisation et une « désescalade » pénale.

A l'heure actuelle, il existe des projets en ce sens. Le ministre de l'Intérieur évoquait une contraventionnalisation en juillet 2017 mais la commission parlementaire créée travaille plutôt sur la piste d'une forfaitisation délictuelle. Cette dernière option semble pourtant être une proposition décevante dès lors qu'il s'agit de systématiser la sanction tout en gardant le délit correctionnel avec inscription au casier judicaire. On perd alors la possibilité d'individualiser la sanction et on abandonne toute idée d'ajustement sanitaire.

Il semble important de s'entendre sur la philosophie de la réforme et plus globalement sur la fonction du droit de la drogue dans une politique de justice et santé publique. Quel est le sens de la politique nouvelle que l'on souhaite développer en France ? Vise-t-elle à résoudre les problèmes d'addictions et à s'approprier les problématiques de l'usage ou est-ce une politique tend à traiter les autres problèmes (*problèmes de l'engorgement du système judiciaire, problèmes du manque de disponibilité des forces de police, etc.*) ? Jusqu'à présent, il semble que bien que l'on soit dans des effets d'annonce sur l'existence de politiques de lutte contre la toxicomanie, or bien souvent, il s'agit de politiques qui sont instrumentalisées à d'autres fins.

B.- Apporter des améliorations au cadre législatif actuel

Dans l'hypothèse où l'on conserverait le cadre législatif actuel, ce cadre pénal qui apparaît plus répressif que sanitaire et où l'usager de stupéfiants est considéré comme un délinquant à condamner.

Deux propositions sont formulées pour recentrer l'attention sur la personne : sur le plan institutionnel, il s'agirait de revoir l'organisation judiciaire en prenant en compte la spécificité des infractions liées aux addictions (1) ; sur le plan humain, il s'agirait d'instaurer un « droit à l'oubli » de la condamnation (2).

1 – Revoir l'organisation judiciaire en prenant en compte la spécificité des infractions liées aux addictions

L'idée sous-jacente est celle de mener une véritable réflexion sur l'organisation des juridictions françaises, en favorisant la création de sections du parquet et de chambres correctionnelles spécialisées autour de la question des addictions aux stupéfiants. Une expérimentation en ce sens a été tentée au Tribunal de Bobigny mais elle n'a pas rencontré d'emblée le succès attendu, principalement pour des raisons administratives. Il semble pourtant que c'est vers ce type d'organisation que l'on pourrait s'orienter car cette approche permet d'associer le monde de la prévention, les acteurs associatifs, les psychiatres et les psychologues, les addictologues et, en même temps, les magistrats du parquet et du siège, pour une meilleure adaptation de la réponse pénale. Elle permet également une meilleure prise en compte de la « dimension addictive » de l'infraction.

Ainsi, il pourrait être opportun de repenser le fonctionnement institutionnel des parquets avec notamment des sections au sein des parquets véritablement spécialisées dans la lutte contre les addictions. Ceci devrait permettre d'éviter que la question des addictions ne soit traitée par des procureurs de permanence, dans le cadre du traitement en temps réel de la délinquance qui conduit à une logique de forfaitarisation de la décision, de classement ou de poursuites et de recours à des mesures alternatives.

Peut-être pourrait-on également envisager de créer des chambres qui soient vraiment spécialisées sur la question des addictions et qui permettent une meilleure association de l'ensemble des acteurs.

Il faudrait peut-être aller plus loin et s'inspirer du modèle canadien des *drugs courts* qui a prouvé en la matière sa pleine efficacité. Sa transposition en France devrait pouvoir être réfléchie, de manière progressive et intelligente, en concertation avec l'ensemble des administrations concernées. Ce dispositif supposera nécessairement un temps d'adaptation et d'expérimentation, et peut-être serait-il opportun de le mettre d'abord en place dans des tribunaux de grande instance d'importance moyenne à titre expérimental.

2 – Instaurer un « droit à l'oubli » pour les consommateurs condamnés

Le droit pénal français a tendance à se focaliser sur la peine elle-même en oubliant les conséquences indirectes de cette dernière, notamment les conséquences en termes d'insertion professionnelle de la personne du fait de l'inscription de la condamnation au casier judiciaire de l'intéressé.

Le fonctionnement du casier judiciaire national est assez technique puisqu'il recouvre trois bulletins : le numéro 1 qui comprend la totalité des condamnations concernant la personne et qui n'est accessible qu'aux autorités judiciaires ; le bulletin numéro 2, qui comprend également l'ensemble des condamnations et qui peut être délivré aux administrations, à certaines sociétés privées (*notamment celles qui travaillent dans le domaine de la sécurité et du gardiennage*) et à certains ordres professionnels ; le bulletin numéro 3 qui nous est personnellement délivré et qui ne comprend que certaines condamnations – (*notamment celles qui entraînent des interdictions d'exercice professionnel ou des décisions de faillite*).

L'inscription au bulletin numéro 2 du casier judiciaire, pour de petits consommateurs ou dealers, est particulièrement longue et peut-être pénalisante professionnellement parlant puisqu'elle entraîne l'impossibilité d'exercer certains emplois publics ou privés, de passer certains concours, d'accéder à certaines professions réglementées, etc. L'inscription au casier judiciaire est donc un obstacle majeur à leur réinsertion professionnelle. Quant au bulletin numéro 1, si cette inscription est moins pénalisante sur le plan de l'insertion professionnelle que celle du bulletin numéro 2, elle empêche cependant d'accéder à la magistrature ou à certaines professions en lien avec la sécurité des français.

Pour cette raison, et dans l'hypothèse d'un maintien de la législation actuelle sur la consommation des produits stupéfiants, il faudrait évoluer vers des réponses pénales plus innovantes, qui prennent vraiment en considération la spécificité de l'addiction. Une solution pourrait être de prévoir que la peine prononcée à l'encontre de consommateurs, ou de petits dealers, disparaisse (mécanisme de nullité) dès lors que la personne condamnée respecte les obligations thérapeutiques qui lui ont été fixées. La condamnation serait alors effacée de l'ensemble des bulletins du casier judiciaire, y compris du bulletin numéro un, au terme d'une période probatoire librement fixée par le juge. Ce dispositif relève d'une logique humaine parce qu'au-delà de l'opprobre même du fait de comparaître devant un tribunal, on ne peut pas défendre l'idée d'une prévention des risques, l'idée d'une réinsertion, et en même temps faire peser sur les personnes - parfois extrêmement jeunes - des dispositifs qui sont particulièrement contraignants professionnellement parlant et qui peuvent les marginaliser durablement (parfois plus durablement qu'une consommation ponctuelle de stupéfiant).

Cette solution permettrait une meilleure prise en compte de la spécificité de ce type d'infractions et s'inscrirait dans la logique de prévention des risques soutenue par les autorités françaises.

L'évolution du cadre juridique de la lutte contre le trafic de stupéfiants en droit de l'Union européenne

Hélène PONGERARD-PAYET

Maître de conférences en droit public HDR

Centre de Recherche Juridique (EA 14)

Université de La Réunion

Comme toutes les régions du monde, l'Europe connaît des problèmes de production et de consommation de stupéfiants. Tous les États membres de l'Union européenne (UE) sont affectés par ce fléau. Selon le nouveau plan d'action anti-drogue de l'UE, présenté le 15 mars 2017, près d'un quart de la population adulte dans l'UE aurait « *consommé des stupéfiants au moins une fois dans leur vie. Plus de 17 millions (…) ont essayé la cocaïne et 12 millions les amphétamines. (…) Selon les estimations, plus de 24 milliards d'euros sont dépensés chaque année en drogues illicites par des citoyens de l'Union. (…) plus d'un tiers des groupes criminels actifs dans l'UE sont impliqués dans la production, le trafic ou la distribution de différents types de drogues* »[1]. Il n'est donc pas étonnant que l'Union se préoccupe de ce problème et que tous les États membres aient signé et ratifié les trois conventions des Nations unies de 1961, de 1971 et de 1988 sur le contrôle international des stupéfiants[2]. L'intérêt de l'UE pour le sujet ne date pas d'aujourd'hui. Ainsi, dans les années 1980, le Parlement européen multiplie les résolutions pour que ce problème à caractère transnational soit traité au niveau

[1] Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission propose un nouveau plan d'action antidrogue de l'UE pour renforcer la lutte contre la consommation et le trafic de drogues », 15 mars 2017, IP/17/601. Voir aussi sa communication du même jour, « Évaluation de la mise en œuvre de la stratégie antidrogue de l'UE 2013-2020 et du plan d'action antidrogue de l'UE 2013-2016 : un plan d'action antidrogue de l'UE 2017-2020 est encore nécessaire », COM(2017) 195 final, sp. p. 3 ; Conseil, Plan d'action antidrogue de l'UE (2017-2020), *JOUE* C 215, 5 juillet 2017, pp. 21-58.

[2] Convention Unique sur les stupéfiants de 1961, *Recueil des Traités*, vol. 520, p. 151, n°7515, dont le texte a été modifié (Protocole de 1972 à la convention Unique sur les stupéfiants de 1961, *Recueil des Traités*, vol. 976, n°14152) ; Convention de 1971 sur les substances psychotropes, *Recueil des Traités*, vol. 1019, n°14956 ; Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988, *Recueil des Traités*, vol. 1582, n°27627. Le texte des trois conventions est disponible *via* le lien suivant : https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Ebook/The_International_Drug_Control_Conventions_F.pdf

européen[3]. En 1989, la Communauté s'implique au niveau international en signant et approuvant la convention de Vienne de 1988[4] et développe progressivement sa propre politique de lutte contre les stupéfiants. Cette politique se construit autour de deux axes qui se renforcent mutuellement, d'une part, la réduction de la demande de stupéfiants (volet préventif du phénomène de la toxicomanie et de l'addiction aux drogues), d'autre part, la réduction de l'offre de stupéfiants (volet répressif des délits liés aux stupéfiants ; volet au coeur de la présente étude).

L'UE emploie largement les termes de « *lutte contre la drogue* » ou de « *lutte antidrogue* », alors qu'il existe deux types de drogues : celles licites (alcool, tabac, notamment) et celles illicites (les stupéfiants)[5]. Notre travail s'intéresse à la lutte contre les drogues illicites, soit aux stupéfiants. La notion de stupéfiants n'est définie par la convention Unique de 1961 des Nations unies[6] que par référence à une liste de stupéfiants, liste à laquelle se réfère l'UE et qu'elle tend à compléter au gré de l'apparition de nouvelles substances.

Étudier le cadre juridique de la lutte contre le trafic de stupéfiants en droit de l'Union européenne revient à s'interroger, dans un premier temps, sur les bases juridiques des traités européens fondant la légitimité de l'action européenne (I) et, dans un second temps, à examiner les instruments législatifs dont s'est dotée l'Union pour mener son action (II).

---

[3] Voir les résolutions sur la lutte contre la drogue (respectivement du 10 mars 1980, du 14 mai 1982 et du 13 septembre 1985 : *JOCE* C 85, 8 avril 1980, p. 15 ; *JOCE* C 149, 14 juin 1982, pp. 120-121 ; *JOCE* C 262, 14 octobre 1985, pp. 121-122) et celles du 13 septembre 1985 sur la lutte contre la toxicomanie (doc. B2-806/85, *JOCE* C 262, 14 octobre 1985, pp. 122-123 ; doc. B2-807/85, visant à mettre en œuvre les travaux de la commission d'enquête pour la lutte contre la drogue, *JOCE* C 262, 14 octobre 1985, p. 123). Voir aussi le rapport de J. STEWART-CLARK fait au nom de la commission d'enquête sur le problème de la drogue dans les pays de la Communauté européenne et les résultats de l'enquête, document A 2-114/86, 2 octobre 1986, 93 p. ; V. HAVY, *La politique de l'Union européenne en matière de stupéfiants*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne, Thèses, 12, 2008, 565 p., sp. pp. 28-30.

[4] Voir la décision 90/611/CE du Conseil du 22 octobre 1990 concernant la conclusion, au nom de la Communauté économique européenne, de la convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, *JOCE* L 326, 24 novembre 1990, pp. 56-57, précisant que la convention a été signée par la Communauté le 8 juin 1989.

[5] Sur la notion de drogue, voir V. HAVY, *op. cit.*, pp. 12-13. Dans notre contribution, le terme de « *drogue* » sera employé en principe par référence aux seules drogues illicites.

[6] Préc.

I.- L'émergence progressive des fondements juridiques de la lutte contre le trafic de stupéfiants en droit primaire de l'Union

Les traités fondateurs des Communautés européennes dans les années 50, puis l'Acte unique européen de 1986 sur l'achèvement du marché intérieur, sont silencieux à l'égard des stupéfiants. L'action européenne en la matière va donc se développer initialement en marge des traités, dans le cadre de la coopération intergouvernementale (A), avant de s'orienter pas à pas vers une politique plus « intégrée » de lutte contre le trafic de stupéfiants (B).

A.- Du silence des traités fondateurs à la coopération intergouvernementale en matière de lutte contre les stupéfiants

L'action européenne dans le domaine des stupéfiants est totalement injustifiée à la naissance des Communautés, faute de compétences explicites dans les traités originaires puis dans l'Acte unique européen (1). Pourtant, elle va se développer dans les faits de manière informelle, dans la sphère de la coopération intergouvernementale, avant d'être légitimée par des fondements juridiques explicites (2).

1 – L'absence de compétences explicites en matière de stupéfiants dans les traités originaires et l'Acte unique européen

Il n'est pas utile de s'attarder sur le caractère exclusivement économique des traités fondateurs, si ce n'est pour mentionner l'article 2 CEE[7], c'est-à-dire du traité instituant la Communauté économique européenne. Faisant référence à la promotion du « *développement harmonieux des activités économiques* » et au « *relèvement accéléré du niveau de vie* » par l'établissement d'un marché commun et le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, cette disposition va indirectement permettre - en combinaison avec la clause de flexibilité de l'article 235 CEE[8] - au Conseil de « *prendre les dispositions appropriées pour assurer le bien-être des populations* »[9]. Une première initiative législative a ainsi été prise en matière de libre circulation des personnes en lien avec les notions de santé et de sécurité publiques. Une directive du 25 février 1964, en vigueur jusqu'en 2004, va en effet considérer la toxicomanie comme une maladie ou infirmité pouvant justifier le refus d'entrée ou de séjour sur le territoire

[7] Devenu art. 2 CE (traité instituant la Communauté européenne), remplacé en substance par l'art. 3 TUE (traité sur l'Union européenne).
[8] Devenu art. 308 CE, puis art. 352 TFUE (traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).
[9] F. CABALLERO et Y. BISIOU, *Droit de la drogue*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2000, 827 p., sp. p. 69.

européen pour des raisons d'ordre public[10]. Sur le fondement du principe fondamental de libre circulation des personnes, la Cour de justice va, cependant, en atténuer les effets, en considérant que seule « *une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* » peut justifier une mesure restrictive nationale d'ordre public[11]. En conséquence, une loi grecque ne peut pas imposer l'expulsion à vie du territoire des ressortissants des autres États membres qui ont été reconnus coupables des délits d'acquisition et de détention de stupéfiants pour leur seul usage personnel, lors d'un séjour touristique en Crète[12]. En revanche, la lutte contre la criminalité liée au trafic de stupéfiants en bande organisée est susceptible de relever de la notion de « *raisons impérieuses de sécurité publique* »[13] ou de la notion des « *motifs graves d'ordre public ou de sécurité publique* »[14] pouvant justifier l'éloignement d'un citoyen grec ayant résidé plus de dix ans en Allemagne[15]. De même, des infractions pénales visées à l'article 83 paragraphe 1, alinéa 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), parmi lesquelles figure « *le trafic illicite de drogues* », « *constituent une atteinte particulièrement grave à un intérêt fondamental de la société, susceptible de représenter une menace directe pour la tranquillité et la sécurité physique de la population, et, partant, de relever de la notion de « raisons impérieuses de sécurité publique » pouvant justifier une mesure d'éloignement (…), à condition que la façon selon laquelle de telles infractions ont été commises présente des caractéristiques particulièrement graves* »[16].

---

[10] Directive n°64/221/CEE du Conseil du 25 février 1964 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *JOCE* 56, 4 avril 1964, pp. 850-857, art. 4 § 1 et annexe B, 1. Fondée notamment sur l'art. 56 § 2 CEE (devenu art. 46 § 2 CE, puis art. 52 § 2 TFUE), cette directive a été abrogée par la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 (relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n°1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *JOUE* L 158, 30 avril 2004, pp. 77-123 ; directive modifiée par un rectificatif, *JOUE* L 229, 29 juin 2004, pp. 35-48) qui ne fait plus référence à la toxicomanie mais aux maladies potentiellement épidémiques, infectieuses ou contagieuses (art. 29).

[11] CJCE, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. 30/77, *Rec.* p. 1999, pt 35.

[12] CJCE, 19 janvier 1999, *Calfa*, aff. C-348/96, *Rec.* p. I-11, pts 21 et 29.

[13] Au sens de l'art. 28 § 2 de la directive 2004/38/CE, préc., qui interdit en principe à un État membre de prendre une décision d'éloignement, sauf raisons impérieuses d'ordre public ou de sécurité publique, à l'encontre d'un citoyen de l'Union qui a acquis un droit de séjour permanent sur son territoire.

[14] Au sens de l'art. 28 § 3, a) de la directive 2004/38/CE, préc., qui interdit en principe à un État membre de prendre une décision d'éloignement, sauf motifs graves de sécurité publique, à l'encontre d'un citoyen de l'Union qui a résidé sur son territoire pendant les dix années précédentes.

[15] CJUE, 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, aff. C-145/09, *Rec.* p. I-11979, pt 56.

[16] CJUE, 22 mai 2012, *I.*, aff. C-348/09, ECLI:EU:C:2012:300, pt 33, concernant une affaire non pas de drogue mais d'agression sexuelle et de viol sur mineure.

En matière de libre circulation des marchandises, la Cour de justice va également, dans sa jurisprudence Horvath de 1981 devenue constante[17], poser l'interdiction totale de la mise en circulation des stupéfiants dont le commerce est interdit et pénalement sanctionné par les États membres sur le territoire européen. Seules les drogues faisant partie d'un circuit économique strictement surveillé et destinées à un usage scientifique ou médical peuvent circuler librement[18]. Les échantillons de produits stupéfiants illicites transmis entre les États membres peuvent aussi circuler légalement dans le cadre de la coopération des services répressifs[19].

Alors que les députés européens militent dès le début des années 80 pour que la lutte contre la drogue soit appréhendée au niveau européen[20], l'Acte unique européen de 1986[21] qui va réviser les traités originaires n'attribue aucune compétence à la Communauté économique européenne (CEE) pour lutter contre le trafic de stupéfiants. L'Acte unique confie, cependant, une compétence à la Communauté en matière de santé, en lui permettant de promouvoir en la matière « *un niveau élevé de protection* » (article 100 A, paragraphes 1 et 3, CEE[22]). Sur cette base juridique et afin de mettre en application la convention de Vienne des Nations unies de 1988[23] qu'elle a approuvée, la Communauté adopte, dans les années 90, la réglementation sur le détournement de précurseurs chimiques utilisés dans la fabrication des stupéfiants afin de surveiller ce commerce dans les échanges intracommunautaires[24.] Concernant la réglementation similaire dans ses relations avec les pays tiers[25], elle la fonde sur des articles relatifs à la politique

[17] Voir notamment, CJCE, 5 février 1981, *Horvath*, aff. 50/80, *Rec.* p. 385, pt 10 ; 5 juillet 1988, *Happy Family*, aff. 289/86, *Rec.* p. 3655, sp. pts 17 et 20 ; 29 juin 1999, *Coffeeshop « Siberië »*, aff. C-158/98, *Rec.* p. I-3971, pt 14 ; CJUE, 16 décembre 2010, *Josemans*, aff. C-137/09, *Rec.* p. I-13019, pt 36.

[18] Pour un cas d'application relatif à l'achat de drogues antidouleur (diamorphine), voir CJCE, 28 mars 1995, *Evans Medical e. a.*, aff. C-324/93, *Rec.* p. I-563.

[19] Voir *infra*, II, A, 2) et note 124.

[20] Voir les résolutions du Parlement européen citées *supra* en note 3.

[21] Texte publié au *JOCE* L 169, 29 juin 1987, pp. 1-29.

[22] Art. 100 A ajouté par l'art. 18 de l'Acte unique européen et devenu art. 95 CE, puis 114 TFUE.

[23] Préc. *supra*, note 2.

[24] Directive 92/109/CEE du Conseil, du 14 décembre 1992, relative à la fabrication et à la mise sur le marché de certaines substances utilisées pour la fabrication illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, *JOCE* L 370, 19 décembre 1992, pp. 76-82. Sur ses modifications et son abrogation, pour des raisons notamment de mise à jour de la liste des précurseurs, voir *infra*, II, A, 2, et note 113. Sur la question de la lutte contre le détournement de précurseurs, voir V. HAVY, *op. cit.*, pp. 365 et s.

[25] Règlement (CEE) n°3677/90 du Conseil du 13 décembre 1990 relatif aux mesures à prendre afin d'empêcher le détournement de certaines substances pour la fabrication illicite de stupéfiants ou de substances psychotropes, *JOCE* L 357, 20 décembre 1990, pp. 1-5. Sur ses modifications et son abrogation, voir *infra*, II, A, 2 et note 112.

commerciale commune, qui lui confient une compétence exclusive, en particulier l'article 113 CEE[26].

Notons que la CEE ne possède toujours pas une compétence pour lutter contre le trafic de stupéfiants, d'autant que dans une déclaration annexée à l'Acte unique européen, les États membres ont réaffirmé leur volonté de préserver leur souveraineté en matière de lutte contre le trafic de drogue[27], tout en s'engageant à coopérer en la matière[28.]

2 – Vers l'institutionnalisation de la coopération intergouvernementale en matière de lutte contre le trafic de stupéfiants

Conformément à l'engagement des États membres de coopérer entre eux dans la lutte contre la drogue[29], le groupe TREVI III[30] voit le jour en 1986 afin d'encourager la lutte internationale contre le crime organisé, dont le trafic de stupéfiants, par la coopération et l'échange d'informations entre les services de police des États membres. De même, le Comité européen de lutte anti-drogue (CELAD)[31], relié au Conseil européen, est créé en 1989 afin d'assurer la coordination des politiques des États membres en matière de lutte contre la toxicomanie et le trafic des drogues. Ce comité va élaborer, en 1990, à l'intention du Conseil européen un plan et un programme européens de lutte antidrogue, précurseurs des plans d'action à venir, et travailler à la création de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (OEDT)[32].

En outre, hors cadre communautaire, afin de se prémunir contre les risques de la suppression des contrôles aux frontières prévue par l'Acte unique européen dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, certains États membres

---

[26] Devenu art. 133 CE, puis 207 TFUE.

[27] Déclaration générale relative aux articles 13 à 19 de l'Acte unique européen, *JOCE* L 169, 29 juin 1987, p. 25.

[28] Déclaration politique des gouvernements des États membres relative à la libre circulation des personnes, *JOCE* L 169, 29 juin 1987, p. 26. En 1988, le Parlement européen souligne également la nécessité pour les États membres de coopérer : résolutions sur les contrôles aux frontières et sur la drogue (*JOCE* C 13, 18 janvier 1988, pp. 109-110), sur les drogues (*JOCE* C 13, 18 janvier 1988, pp. 110-111) et sur l'action contre les drogues synthétiques (*JOCE* C 13, 18 janvier 1988, p. 111).

[29] *Ibid.*

[30] Les groupes TREVI (Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme et Violence internationale) I et II, consacrés respectivement au terrorisme et aux connaissances scientifiques et techniques, ont été créés en 1976 par les ministres de l'Intérieur du Conseil européen pour améliorer l'échange d'informations entre les services de police des États membres. Voir V. HAVY, *op. cit.*, pp. 44-45 ; A. SUBHAN, « L'union européenne et la lutte contre la drogue », *RMCUE* mars 1999, n°426, pp. 196-201, sp. p. 198.

[31] Voir C. VAN DER VAEREN, « Le comité de lutte antidrogue (CELAD), essai d'analyse institutionnelle », *RMCUE* mars 1993, n°366, pp. 207-221.

[32] Voir V. HAVY, *op. cit.*, p. 98 et s.

concluent l'accord de Schengen en 1985, puis sa convention d'application en 1990[33]. Le principe d'une coopération policière et douanière renforcée, « *notamment dans la lutte contre la criminalité, en particulier le trafic illicite de stupéfiants et d'armes* »[34], est alors posé et mis en œuvre[35.]

La logique de coopération qui est alors à l'oeuvre, dans les faits ou hors cadre communautaire, va trouver un écho favorable lors de la négociation du traité de Maastricht. Signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1er novembre 1993[36], ce traité, qui créée l'UE, institutionnalise la lutte contre le trafic des stupéfiants ainsi que la coopération intergouvernementale à côté de la méthode communautaire ou d'intégration, inhérente à la construction européenne. Il consacre juridiquement la compétence de l'UE en matière de lutte contre l'abus des drogues et le trafic des stupéfiants et ce, dans les trois piliers. Dans le premier pilier, en matière santé publique (article 129 CE[37]), l'UE peut prévenir les maladies, notamment les « *grands fléaux, y compris la toxicomanie* », par la recherche, l'information et l'éducation. Mais, l'harmonisation des législations nationales est exclue en la matière. Le second pilier relatif à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), pilier intergouvernemental par excellence, prévoit pour sa part la coopération internationale et la mise en œuvre d'actions communes « *dans les domaines où les États membres ont des intérêts importants en commun* » (article J.1 paragraphe 3 TUE[38]). Dès lors, la lutte contre le trafic de stupéfiants va « *être considérée comme un problème de portée internationale* »,

[33] Accord de Schengen du 14 juin 1985 « entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes » et convention d'application de l'accord de Schengen (CAAS) du 19 juin 1990, *JOCE* L 239, 22 septembre 2000, pp. 13-18 (pour l'accord) ; pp. 19-62 (pour la CAAS). Sur ces accords, voir notamment F. GAZIN, « Accords de Schengen », *Rép. de droit européen*, Dalloz, décembre 2011 - actualisation novembre 2017 ; M. GAUTIER, « Accords de Schengen », *J.-Cl. Europe Traité*, Fasc. 408, 26 avril 2012 - mise à jour 23 mars 2016.

[34] Art. 9 de l'accord de Schengen de 1985, *ibid.* Les Parties se sont aussi engagées « *à lutter énergiquement sur leur territoire contre le trafic illicite de stupéfiants et à coordonner efficacement leurs actions dans ce domaine* » (art. 8 du même accord) et à rechercher « *l'harmonisation des législations et réglementations notamment en matière de stupéfiants* » (art. 19 du même accord).

[35] En particulier par des dispositions spécifiques consacrées aux stupéfiants : chapitre 6 du titre III de la CAAS, préc., art. 70 à 73 par lesquels les Parties s'engagent essentiellement à réprimer le trafic illicite de stupéfiants (exportation, contrôles renforcés, saisie et confiscation…) ; art. 74 à 76 portant sur le commerce ou le transport légal des stupéfiants à des fins médicales.

[36] *JOCE* C 191, 29 juillet 1992, pp. 1-112.

[37] Devenu art. 152 CE, puis 168 TFUE.

[38] Devenu art. 11 TUE, puis art. 24 TUE ; lesquels ne font plus référence aux domaines d'intérêt commun des États membres.

nécessitant une action commune vis-à-vis de certains pays ou groupes de pays[39]. En conséquence, de nombreux accords avec l'Asie, l'Amérique du Sud et l'Europe centrale seront conclus aux fins d'une coopération en matière notamment de trafic illicite et de réduction de la demande de drogue[40].

En particulier et surtout, dans le troisième pilier consacré à la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (JAI), l'UE obtient une compétence explicite pour prévenir et lutter contre le trafic illicite de drogue (article K.1 TUE[41]), par l'intermédiaire d'une coopération renforcée en matière judiciaire, douanière et policière, qui est institutionnalisée[42]. Dès lors, les structures destinées à servir la lutte contre les stupéfiants vont se multiplier. L'OEDT[43] voit le jour en 1993, de même que l'Unité Drogues Europol (UDE)[44] qui préfigure la création « *d'un Office européen de police* »[45], et le Groupe

[39] En ce sens, V. HAVY, *op. cit.*, p. 59 citant notamment une communication de la Commission concernant un plan d'action de l'Union européenne en matière de lutte contre la drogue (1995-1999), COM(94) 234 final, 23 juin 1994, p. 4.

[40] Sur l'action internationale de l'UE en la matière, voir V. HAVY, *ibid.*, pp. 193 et s. ; et sur la conclusion d'accords, pp. 248 et s. Notons, par ailleurs, que dans le cadre de la politique commerciale commune, puis de la politique de coopération au développement relevant du premier pilier, la quasi-totalité des accords de commerce, d'association et de coopération au développement conclus avec les pays du continent européen comporte des clauses antidrogue. De telles clauses tendent aussi à se généraliser dans les accords avec les pays tiers des autres continents.

[41] Où les États membres considèrent comme des « *questions d'intérêt commun* », outre « *la lutte contre la toxicomanie* » (art. K.1, point 4), « *la coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre (...) le trafic illicite de drogue* » (art. K.1, point 9). L'art. K.1 est devenu l'art. 29 TUE, remplacé par l'art. 67 TFUE.

[42] Voir respectivement les points 7, 8 et 9 de l'art. K.1, préc. Il s'agit d'une coopération intergouvernementale, l'initiative législative revenant dans ces domaines exclusivement aux États membres et non pas à la Commission (art. K.3).

[43] Règlement (CEE) n°302/93 du Conseil, du 8 février 1993, portant création d'un observatoire européen des drogues et des toxicomanies, *JOCE* L 36, 12 février 1993, pp. 1-8 ; abrogé par le règlement (CE) n°1920/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relatif à l'OEDT (refonte), *JOCE* L 376, 27 décembre 2006, pp. 1-13, lui-même récemment modifié (voir *infra* note 115 *in fine*). Voir aussi le site web de l'OEDT en anglais : http://www.emcdda.europa.eu/

[44] L'UDE est créée par un accord interministériel du 2 juin 1993. Voir en ce sens, Parlement européen, « La lutte contre la drogue et la CIG », Fiche thématique n°42, 23 mars 1997, http://www.europarl.europa.eu/igc1996/fiches/fiche42_fr.htm

[45] Europol dont la création est prévue par l'art. K.1, point 9, préc. sera créée par la convention Europol du 26 juillet 1995, contenue en annexe de l'acte du Conseil, du 26 juillet 1995, portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (convention Europol), *JOCE* C 316, 27 novembre 1995, pp. 1-32. Voir S. DE BIOLLEY, « Europol », *J.-Cl. Europe Traité*, Fasc. 2690, 1er octobre 2008.

Horizontal drogue (GHD) - dépendant du COREPER et du Conseil - est créé en 1997. L'UE peut mettre en place son premier plan d'action antidrogue en 1995[46].

Avec les traités qui vont suivre, l'UE va s'orienter progressivement vers une politique plus « intégrée » de lutte contre le trafic de stupéfiants, la logique d'intégration devant prendre le pas à terme sur celle de coopération.

B.- La marche progressive vers une politique plus "intégrée" de lutte contre le trafic de stupéfiants

Alors que le traité d'Amsterdam communautarise partiellement le troisième pilier, tout en renforçant la coopération policière et judiciaire en matière pénale (CPJP) afin de lutter notamment contre le trafic de stupéfiants (1), le traité de Lisbonne, conscient des limites de la coopération intergouvernementale, généralise la méthode d'intégration à la CPJP en supprimant les piliers (2).

1 – Le traité d'Amsterdam et le renforcement de la CPJP au service de la lutte contre le trafic de stupéfiants

Au titre du volet préventif, le traité d'Amsterdam[47], signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1er mai 1999, étend la compétence de l'UE en prévoyant que l'action européenne porte non plus seulement sur « *la prévention des maladies* », *mais également sur « l'amélioration de la santé publique* » (article 152 CE[48]), en complétant l'action des États membres « *en vue de réduire les effets nocifs de la drogue sur la santé* » (article 152 paragraphe 1, alinéa 3, CE). Il devient donc possible de développer une action de lutte contre la drogue au coeur de l'approche de la réduction des risques. Mais, il existe toujours une limite de taille à ce renforcement : toute harmonisation est expressément exclue.

Au titre du volet répressif de la lutte contre le trafic des stupéfiants, qui nous intéresse au premier chef, le traité d'Amsterdam renforce la compétence de l'UE en faisant de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (dit ELSJ)[49] l'un des objectifs de l'UE (article 2 TUE, devenu article 3 TUE). Aux fins de créer cet espace de libre circulation des personnes - protégé par des mesures appropriées de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que

---

[46] Plan d'action de l'Union européenne en matière de lutte contre la drogue (1995-1999), COM(94) 234 final, 23 juin 1994.

[47] Union européenne, *Traité d'Amsterdam*, OPOCE, 1997, 144 p. https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_fr.pdf

[48] Ex-art. 129 CE, devenu art. 168 TFUE.

[49] Sur cet espace, voir notamment H. LABAYLE, « Espace de liberté, sécurité et justice », *J.-Cl. Europe Traité*, Fasc. 2620 (« Cadre historique »), 17 novembre 2014 et Fasc. 2625 (« Cadre général »), 1er septembre 2012 ; A. MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST, « Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Rép. de droit européen*, Dalloz, avril 2017.

par des mesures de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène - le traité d'Amsterdam communautarise la politique migratoire de l'UE (visas, asile, immigration etc.[50]), intègre l'acquis de Schengen dans le cadre des traités européens[51] et renforce la CPJP, objet du troisième pilier.

Il propose d'atteindre un niveau de protection élevé par « *la prévention de la criminalité, organisée ou autre, et la lutte contre ce phénomène, notamment (…) le trafic de drogue* », qui est expressément spécifié à l'article 29 TUE[52] aux côtés, entre autres, du terrorisme, de la traite d'êtres humains et des crimes contre les enfants. Trois moyens sont préconisés pour combattre le trafic de drogue, à savoir la coopération policière et douanière (soit directement, soit par l'intermédiaire d'Europol)[53], la coopération judiciaire[54] et le rapprochement des règles de droit pénal des États membres[55]. Ainsi, il est prévu d'*« adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue* » (article 31, point e), TUE)[56]. Le Conseil statue, à cette fin, à l'unanimité à l'initiative de tout État membre ou de la Commission en arrêtant des décisions-cadres dépourvues d'effet direct[57]. C'est dans ce cadre que le Conseil a adopté en 2004 la décision-cadre qui constitue le socle fondateur de la lutte contre le trafic de stupéfiants en droit de l'Union[58].

Sous l'impulsion du traité d'Amsterdam, des progrès ont été réalisés dans le domaine de la CPJP[59] ; progrès qui profitent à la lutte contre les stupéfiants. Par exemple, la décision-cadre susvisée ainsi que celle sur le mandat d'arrêt

[50] Un nouveau titre IV, intitulé « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes » est inséré dans la troisième partie du traité CE sur les politiques européennes.
[51] Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne annexé au TUE et au traité CE, dit protocole Schengen, publié *in* Union européenne, *Traité d'Amsterdam*, *op. cit.*, pp. 93-96.
[52] Art. remplacé par l'art. 67 TFUE
[53] Le rôle d'Europol est alors visé à l'art. 30 TUE (remplacé par les art. 87 et 88 TFUE).
[54] L'action européenne dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale est précisée à l'art. 31 TUE (remplacé par les art. 82, 83 et 85 TFUE).
[55] Conformément à l'art. 31, point e), TUE, remplacé par l'art 83 TFUE.
[56] *Idem*.
[57] Art. 34 § 2 ,b) TUE, article abrogé par le traité de Lisbonne.
[58] Sur cette décision-cadre 2004/757/JAI du 25 octobre 2004 relative au trafic de drogue, qui est fondée notamment sur les art. 31, point e), et 34, § 2, point b), TUE, voir *infra*, II, B et note 125.
[59] Voir en ce sens, F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne, Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, Paris, La documentation française, 2008, 523 p., sp. pp. 217-218.

européen[60] ont été adoptées ; des agences de coopération, en particulier Europol[61] et Eurojust[62], ont été créées ; des réseaux, tel le collège européen de police[63], et des bases de données, comme le système d'information Europol[64] ou le système d'information Schengen[65], ont été mis en place, de même que des instruments plus classiques de coopération, en particulier la convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000[66], qui autorise le recours à de nouvelles techniques : visioconférence, livraisons surveillées, équipes communes d'enquête composées de magistrats et de policiers de deux États membres au moins[67] etc.

[60] Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOCE* L 190, 18 juillet 2002, pp. 1-20. Mais le mandat d'arrêt européen est fort peu utilisé dans le domaine des stupéfiants, selon V. HAVY, *op. cit.*, p. 433, note 1071.

[61] Europol est devenue une agence de l'UE selon une décision du Conseil de 2009 remplaçant la convention préc. de 1995 (voir *supra*, note 45) : décision 2009/371/JAI du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol), *JOUE* L 121, 15 mai 2009, pp. 37-66, en vigueur jusqu'au 30 avril 2017. Sur l'abrogation de cette décision dans le contexte du traité de lisbonne, voir *infra* note 76. Voir aussi le site web de l'agence : https://www.europol.europa.eu/

[62] Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *JOUE* L 63, 6 mars 2002, pp. 1-13. Il faut noter, d'une part, que le traité de Nice (signé le 26 février 2001 et entré en vigueur le 1er février 2003, *JOCE* C 80, 10 mars 2001, pp. 1-87), en modifiant l'art. 31 TUE, a consacré son existence en droit primaire et, d'autre part, qu'Eurojust travaille en collaboration avec le Réseau judiciaire européen, créé en 1998 et actuellement régi par la décision 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen, *JOUE* L 348, 24 décembre 2008, pp. 130-134. Voir S. DE BIOLLEY, « Eurojust », *J.-Cl. Europe Traité*, Fasc. 2710, 1er janvier 2008 et le site web de l'agence : http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/fr.aspx

[63] Décision du Conseil 2005/681/JAI du 20 septembre 2005 instituant le Collège européen de police (CEPOL) et abrogeant la décision 2000/820/JAI, *JOUE* L 256, 1 octobre 2005, pp. 63-70. En vigueur jusqu'au 1er juillet 2016, elle a été abrogée et remplacée par le règlement (UE) 2015/2219 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 sur l'Agence de l'Union européenne pour la formation des services répressifs (CEPOL) et remplaçant et abrogeant la décision 2005/681/JAI du Conseil, *JOUE* L 319, 4 décembre 2015, pp. 1-20.

[64] Système lancé en 2005. Voir le site en anglais : https://www.europol.europa.eu/activities-services/services-support/information-exchange/europol-information-system

[65] Voir notamment la décision 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007 (*JOUE* L 205, 7 août 2007, pp. 63-84) et le règlement (CE) n°1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 (*JOUE* L 381, 28 décembre 2006, pp. 4-23) sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II).

[66] Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, *JOUE* C 197, 12 juillet 2000, pp. 1-23.

[67] *Idem*, art. 13. Voir aussi la décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête, *JOCE* L 162, 20 juin 2002, pp. 1-3.

Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, l'action antidrogue de l'UE peut s'inscrire dans le cadre d'une stratégie globale (2000-2004)[68]. Toutefois, en dépit de progrès certains, les bases de l'ELSJ sont éclatées entre le premier et le troisième pilier et l'action de l'Union souffre, dans le cadre de la CPJP, des limites de la méthode intergouvernementale[69] : en particulier, unanimité au Conseil, instruments juridiques dépourvus en principe d'effets directs, impossibilité pour la Commission de former un recours en manquement, compétences réduites de la Cour de justice[70] etc. Aussi le traité de Lisbonne va-t-il décider de généraliser la méthode d'intégration à la CPJP afin de renforcer l'efficacité de l'action de l'UE.

2 – Le traité de Lisbonne et la généralisation de la méthode d'intégration au service de la lutte contre le trafic de stupéfiants

Au titre du volet préventif, le traité de Lisbonne confirme que la lutte contre la drogue constitue une priorité en matière de santé publique (article 168 TFUE[71]), bien que l'UE dispose d'une compétence d'appui, de coordination et de complément de l'action des États membres en matière de protection et d'amélioration de la santé humaine (article 6, point a) TFUE[72]).

Au titre du volet répressif, le traité de Lisbonne fait toujours explicitement référence à la lutte contre le trafic illicite de drogues (article 83 paragraphe 1 TFUE). Il confirme l'importance de l'ELSJ, classé parmi les objectifs de l'UE (article 3 paragraphe 2 TUE) et les compétences partagées avec les États membres (article 4 paragraphe 2, point j), TFUE). Il insiste davantage que par le passé sur le respect des droits fondamentaux, des systèmes et des traditions juridiques des États membres (article 67 TFUE[73]). Il vise à étendre la méthode communautaire à la CPJP pour que les progrès de la lutte contre la criminalité, dont le trafic de drogue, ne soit plus entravé ou freiné par l'« *intergouvernementalisme* », tout en maintenant certaines spécificités dans ces domaines touchant au coeur de la souveraineté nationale.

---

[68] Sur cette stratégie, voir *infra*, II, A, 1, et note 95.
[69] Voir F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne*, *op. cit.*, pp. 218-219.
[70] Ex-art. 35 TUE, abrogé par le traité de Lisbonne.
[71] Désormais, l'action de l'UE porte aussi sur « *la surveillance de menaces transfrontières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci* » : art. 168 § 1, al. 2 *in fine*, et art. 168 § 5 TFUE, qui exclut cependant toujours l'harmonisation des législations nationales en la matière.
[72] Voir aussi l'art. 4 § 2, point k), TFUE prévoyant une compétence partagée de l'UE avec les États membres concernant « *les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, pour les aspects définis dans le présent traité* ».
[73] Ex-art. 29 TUE et 61 CE.

Sans entrer dans les détails[74], le traité de Lisbonne communautarise l'ELSJ en supprimant la structure en piliers de l'Union et en généralisant la méthode d'intégration impliquant en particulier le recours à la procédure législative ordinaire, à la majorité qualifiée, à des instruments juridiques plus efficaces (règlements et directives devant remplacer les décisions et décisions-cadres) etc. Il renforce la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)[75] ainsi que les agences Europol et Eurojust, en permettant au législateur d'étendre leurs compétences[76]. En matière de coopération judiciaire en matière pénale, il consacre le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires[77] et prévoit notamment le rapprochement du droit pénal tant matériel que procédural des États membres[78] ainsi que la création d'un parquet européen[79]. En particulier, dans le domaine de la lutte contre le trafic de stupéfiants, l'article 83 paragraphe 1 TFUE permet d'adopter, selon la méthode communautaire, « *des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière* », tel « *le trafic illicite de drogues* », expressément visé.

Le traité de Lisbonne prévoit cependant certaines procédures spécifiques[80], telles que l'instauration d'un mécanisme de frein-accélérateur en matière de

---

[74] Sur l'apport du traité de Lisbonne à l'ELSJ (titre V de la 3e partie du TFUE, qui modifie et fusionne l'ex-titre IV de la 3e partie du traité CE et le 3e pilier de l'ex-titre VI TUE), voir F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne, op. cit.*, pp. 198-232.

[75] En abrogeant les anciens art. 67 et 68 CE et l'ex-art. 35 TUE. Mais, l'art. 276 TFUE prévoit l'incompétence de la CJUE concernant « *la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre* » ou « *l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* ».

[76] Notamment aux actions opérationnelles pour Europol (art. 88 TFUE) et au pouvoir de déclencher des enquêtes pour Eurojust (art. 85 TFUE). Voir le règlement (UE) 2016/794 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) et remplaçant et abrogeant les décisions du Conseil 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI et 2009/968/JAI, *JOUE* L 135, 24 mai 2016, pp. 53-114.

[77] Art. 82 § 1 TFUE.

[78] Art. 83 § 1 et 2 TFUE pour le droit pénal matériel et art. 82 § 1 et 2 TFUE pour le droit pénal procédural.

[79] Art. 86 § 1 TFUE. Voir le règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, *JOUE* L 283, 31 octobre 2017, pp. 1-71 ; F. ANDREONE, « L'institution du Parquet européen », *Rev. UE*, janvier 2018, n°614, pp. 43-59.

[80] Voir sur la préservation de certaines spécificités par le traité de Lisbonne, F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne, op. cit.*, p. 199-200 où il est question également du renforcement du rôle des parlements nationaux (art. 69, 70, 85 § 1 *in fine* TFUE et art. 88 § 2 *in fine* TFUE).

rapprochement du droit pénal[81], permettant de recourir au Conseil européen et, à défaut de consensus en son sein, à une coopération renforcée ; le maintien de l'unanimité concernant la coopération policière opérationnelle[82] et la création du parquet européen[83] ; le maintien d'un droit d'initiative mais encadré d'un quart des États membres[84] ; l'extension des dérogations pour le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark à la CPJP[85] ; l'intervention du Conseil européen sous la forme de programme pluriannuel[86] ; la création d'un comité permanent de sécurité intérieure (COSI) au sein du Conseil[87] ; le maintien des compétences des États membres en matière de maintien de l'ordre public et de la sauvegarde de la sécurité intérieure[88].

Enfin, aux termes de l'article 9 du protocole sur les dispositions transitoires[89], les effets juridiques des actes adoptés sur la base du traité sur l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne sont préservés aussi longtemps qu'ils n'auront pas été abrogés, annulés ou modifiés. Ainsi la décision-cadre relative au trafic de drogue, qui a été adoptée en 2004, est toujours en vigueur[90]. Il convient à présent de l'étudier, en abordant le cadre juridique de la lutte contre le trafic de stupéfiants en droit dérivé.

II.- Les instruments de la lutte contre le trafic de stupéfiants en droit dérivé de l'Union

Afin d'atteindre les objectifs des traités et en lien avec l'évolution de ses compétences en droit primaire, la Communauté, puis l'Union, a développé un cadre juridique spécifique à la lutte contre les stupéfiants, dans ses volets préventif et répressif, en ayant recours à des instruments variés (A) qu'il convient de

[81] Art. 83 § 3 TFUE pour le droit pénal matériel et art. 82 § 3 TFUE pour le droit pénal procédural. Ces dispositions jouent lorsqu'un membre du Conseil estime qu'un projet de directive porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale.
[82] Art. 87 § 3 TFUE.
[83] Art. 86 § 1 TFUE.
[84] Art. 76 TFUE.
[85] Protocole 21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'ELSJ ; protocole 22 sur la position du Danemark. Voir F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne, op. cit.*, pp. 202-204.
[86] Art. 68 TFUE.
[87] Art. 71 TFUE. Le COSI a été créé par la décision 2010/131/UE du Conseil du 25 février 2010 instituant le comité permanent de coopération opérationnelle en matière de sécurité intérieure, *JOUE* L 52, 3 mars 2010, p. 50.
[88] Art. 4 § 2 TUE ; art. 72 et 73 TFUE.
[89] Protocole 36.
[90] Sur cette décision-cadre qui est fondée notamment sur l'art. 31, point e), TUE et l'art. 34 § 2, point b), TUE, voir *infra*, II, B.

présenter, avant d'analyser l'acte, qui constitue le socle fondateur de cette lutte (B).

A.- La variété des instruments de la lutte contre le trafic de stupéfiants en droit dérivé de l'Union

Afin d'inscrire son action dans une stratégie globale, lui permettant de développer une double approche à la fois préventive et répressive en matière de stupéfiants, l'Union recourt à des instruments à visée globale, dits de *soft law*, qui ne figurent pas dans la nomenclature établie par les traités (1). Parallèlement, elle recourt aux instruments de la nomenclature[91] pour adopter ponctuellement certaines mesures précises (2).

1 – Les actes hors nomenclature : les stratégies et plans d'action de lutte contre la drogue

Les stratégies et les plans d'action de l'Union, qui sont pluriannuels, ont été mis en place à partir de 1995. Ils s'inspirent du programme européen de lutte contre la drogue, programme précurseur adopté par le CELAD en 1990[92], dont les grands axes seront ultérieurement repris de manière intangible dans les plans d'action futurs, à savoir la réduction de la demande de drogue, la réduction de l'offre de drogue[93], la coordination et la coopération internationale. Les actions préconisées à l'époque forment le coeur des actions normatives toujours en cours : contrôle des précurseurs, blanchiment d'argent, contrôle des frontières extérieures, coopération, surveillance à l'intérieur du territoire européen.

Les stratégies, qui sont définies et adoptées par le Conseil grâce aux réunions notamment du Groupe horizontal drogue et du Comité des représentants permanents (COREPER) avant d'être approuvées par le Conseil européen, visent à définir les orientations générales et les priorités de la politique de l'UE en matière de lutte contre la drogue ainsi que les objectifs de l'action de l'UE en la matière. Les plans d'action, qui sont quadriennaux et proposés par la Commission

---

[91] Sur ce point, voir en particulier l'art. 288 TFUE (ex-art. 249 CE : règlements, directives, décisions, recommandations et avis), l'ex-art. 12 TUE relatif à la PESC (orientations générales ; stratégies, actions et positions communes), devenu art. 25 TUE (orientations générales et décisions) ainsi que l'ex-art 34 TUE relatif à la CPJP (positions communes, décisions-cadres, décisions, conventions) qui a été abrogé par le traité de Lisbonne.

[92] Voir *supra*, I, A, 2. Sur ce programme présenté au Conseil européen de Rome des 13 et 14 décembre 1990, voir V. HAVY, *op. cit.*, pp. 116-117.

[93] En matière de répression du trafic illicite de drogue, les actions suivantes sont préconisées dans le rapport du CELAD : « *le renforcement des contrôles antidrogue aux frontières extérieures, la coopération et la surveillance à l'intérieur de la Communauté, le contrôle du commerce des précurseurs ainsi que la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux* », *ibid.*, p. 117.

au Conseil et au Parlement européen, puis adoptés par le Conseil, visent à mettre en oeuvre ces stratégies. À l'origine, les stratégies et les plans d'action épousent la même période (stratégie et plan d'action 1995-1999[94] ; stratégie et plan d'action 2000-2004[95]). Puis, les stratégies seront mises en œuvre par plusieurs plans d'action consécutifs et quadriennaux (stratégie 2005-2012[96] et ses plans d'action 2005-2008[97] et 2009-2012[98] ; stratégie 2013-2020[99] et ses plans d'action 2013-2016[100] et 2017-2020[101]).

Arrêtons-nous essentiellement et brièvement sur les aspects répressifs des deux derniers plans d'action, mettant en œuvre la stratégie antidrogue de l'UE pour 2013-2020, précitée, qui vise notamment, non seulement à renforcer la coopération entre les pays de l'UE et les services répressifs et judiciaires en vue de réduire la production, la contrebande, le trafic, la distribution et la vente de drogues illicites, mais également à renforcer le cadre législatif de l'UE de manière ciblée afin d'aboutir à des politiques plus efficaces[102].

Le plan d'action de 2013-2016[103] se décline en cinq axes[104.] L'axe relatif à la réduction de l'offre de drogue, qui vise à « *contribuer à une réduction mesurable de la disponibilité et de l'offre de drogues illicites dans l'Union*

[94] Sur ce plan d'action antidrogue (COM(94) 234 final, 23 juin 1994), préc., voir A. SUBHAN, *op. cit.*, p. 199.

[95] Conseil, Stratégie antidrogue de l'Union européenne (2000-2004) du 1er décembre 1999 (Document du Conseil 12555/3/99), approuvée par le Conseil européen d'Helsinki les 10 et 11 décembre 1999 (conclusions, point 53, document C/99/3000). Plan d'action antidrogue 2000-2004 (Communication de la Commission du 26 mai 1999, concernant un plan d'action de l'Union européenne en matière de lutte contre la drogue (2000-2004), COM(1999) 239 final), approuvé par le Conseil européen de Santa María da Feira des 19 et 20 juin 2000 (conclusions, point 51, document Conseil/00/2000).

[96] Conseil, Stratégie antidrogue de l'Union européenne (2005-2012) du 22 novembre 2004 (Document du Conseil 15074/04), approuvée par le Conseil européen de Bruxelles les 16 et 17 décembre 2004 (conclusions, point 37, document du Conseil 16238/1/04).

[97] Conseil, Plan d'action drogue de l'Union européenne (2005-2008), *JOUE* C 168, 8 juillet 2005, pp. 1-18.

[98] Conseil, Plan d'action drogue de l'Union européenne (2009-2012), *JOUE* C 326, 20 décembre 2008, pp. 7-25.

[99] Conseil, Stratégie antidrogue de l'UE (2013-2020), *JOUE* C 402, 29 décembre 2012, pp. 1-10.

[100] Conseil, Plan d'action antidrogue de l'UE (2013-2016), *JOUE* C 351, 30 novembre 2013, pp. 1-23.

[101] Conseil, Plan d'action antidrogue de l'UE (2017-2020), *JOUE* C 215, 5 juillet 2017, pp. 21-58.

[102] Voir la synthèse de la stratégie sur le site Eur-lex *via* le lien suivant : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3A231001_1 – voir les points 22.1, 22.2, 22.9 et 22.10 de la stratégie, préc. *supra* en note 99.

[103] Préc. en note 100.

[104] Réduction de la demande de drogue ; Réduction de l'offre de drogue ; Coordination ; Coopération internationale ; Information, recherche, suivi et évaluation.

européenne », préconise des mesures visant notamment à améliorer l'efficacité de la législation au sein de l'UE, à promouvoir des solutions de remplacement[105] à l'imposition de sanctions coercitives pour les délinquants toxicomanes et à réagir à la diffusion et à la consommation de nouvelles substances psychoactives.

Le plan d'action antidrogue de 2017-2020[106], qui se décline en cinq axes comme son prédécesseur dont il constitue une version actualisée[107], a été proposé par la Commission le 15 mars 2017[108]. L'axe relatif à la réduction de l'offre de drogue préconise en particulier, d'une part, une adoption et une application rapides des propositions législatives de la Commission et des dispositions législatives de l'UE[109], d'autre part, le recours à des peines de substitution à l'égard des délinquants toxicomanes[110]. L'axe consacré à la coopération internationale propose de renforcer, dans les pays tiers, la lutte contre la culture de plantes servant à fabriquer des drogues illicites, d'y encourager le développement de substitution et de soutenir la lutte de ces pays contre le trafic de drogue. L'axe « *Information, recherche, suivi et évaluation* » insiste sur la nécessité de rechercher les liens possibles entre le trafic de drogue et d'autres formes de criminalité organisée (financement du terrorisme, trafic de migrants, traite d'êtres humains) et d'analyser notamment les différentes approches réglementaires relatives au cannabis dans les États membres et leurs incidences.

À valeur politique, ces plans et stratégies ont vocation à être mis en œuvre par des textes législatifs de la nomenclature officielle des actes établie dans les traités.

2 – Des actes de la nomenclature luttant directement ou indirectement contre le trafic de stupéfiants

Dans la mesure où ces textes sont multiples, l'action normative de l'UE en matière de lutte contre le trafic illicite de drogues sera présentée dans son esprit général ou ses grandes lignes, à l'aune de quelques actes clés souvent cités par la

---

[105] Éducation, traitement, réadaptation, postcure et insertion sociale.

[106] Préc. en note 101.

[107] Version actualisée et modifiée tenant compte des résultats de l'évaluation du plan d'action antérieur présentés dans la communication de la Commission du 15 mars 2017 (COM(2017) 195 final), préc. *supra* en note 1.

[108] Voir le communiqué de presse de la Commission, IP/17/601, préc. *supra* en note 1.

[109] Propositions ou dispositions relatives notamment aux nouvelles substances psychoactives dans l'UE, à la confiscation et au recouvrement des avoirs d'origine criminelle, au blanchiment de capitaux et au rapprochement des infractions liées au trafic de drogue et des sanctions correspondantes dans toute l'UE : Plan d'action antidrogue de l'UE (2017-2020), préc., pp. 33-34. Ces domaines étaient déjà visés dans le plan d'action antérieur (2013-2016), préc., p. 8.

[110] Telles que l'éducation, la suspension des enquêtes ou des poursuites, la réadaptation et la guérison, la postcure et la réinsertion sociale.

doctrine[111]. À l'origine, ne pouvant s'attaquer directement au trafic de stupéfiants faute de compétences explicites en la matière, la Communauté s'appuie sur ces compétences économiques et commerciales, liées notamment au marché intérieur, pour combattre indirectement ce fléau, en légiférant dans les domaines situés en amont et en aval du trafic.

En amont, elle adopte une réglementation pour assurer le contrôle des précurseurs chimiques indispensables à la fabrication des stupéfiants, dès 1990, pour le volet externe des relations avec les pays tiers[112] et, dès 1992, pour le volet interne relatif aux échanges intracommunautaires[113]. Régulièrement modifiés, ces textes ont été ultérieurement remplacés dans le milieu des années 2000 par d'autres textes, eux-mêmes modifiés notamment en 2013[114], afin de moderniser la législation en vigueur face à l'ampleur des échanges incluant les précurseurs de drogue et face à l'apparition de nouveaux produits ; l'objectif étant d'en permettre le contrôle et d'en éviter le détournement à des fins illicites.

Ce cadre légal a été complété, dans sa mise en œuvre, en particulier par un système d'alerte rapide, créé en 1997 et réformé en 2005 et en 2017[115], afin de

---

[111] Sur la base de données Eur-lex, 206 données (dans la rubrique législation) correspondent à la recherche « *trafic de drogue* » et 186 données dans la même rubrique pour la recherche « *trafic de stupéfiants* ».

[112] Règlement (CEE) n°3677/90 du Conseil du 13 décembre 1990, préc. *supra* en note 25 : texte abrogé par le règlement (CE) n°111/2005 du Conseil du 22 décembre 2004 fixant des règles pour la surveillance du commerce des précurseurs des drogues entre la Communauté et les pays tiers, *JOUE* L 22, 26 janvier 2005, pp. 1-10, lui-même modifié à plusieurs reprises, notamment par le règlement (UE) n°1259/2013 du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 modifiant le règlement (CE) n°111/2005 du Conseil, *JOUE* L 330, 10 décembre 2013, pp. 30-38. Le règlement (UE) n°1259/2013 a aussi été modifié par le règlement délégué (UE) 2016/1443 de la Commission du 29 juin 2016 modifiant le règlement (CE) n°273/2004 du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n°11/2005 du Conseil en ce qui concerne l'inclusion de certains précurseurs de drogues sur la liste des substances classifiées, *JOUE* L 235, 1 septembre 2016, pp. 6-7.

[113] Directive 92/109/CEE du Conseil, du 14 décembre 1992, préc. *supra* en note 24 : texte abrogé par le règlement (CE) n°273/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 relatif aux précurseurs de drogues, *JOUE* L 47, 18 février 2004, pp. 1-10, lui-même modifié à plusieurs reprises, notamment par le règlement (UE) n°1258/2013 du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 modifiant le règlement (CE) n°273/2004 relatif aux précurseurs de drogues, *JOUE* L 330, 10 décembre 2013, pp. 21-29. Le règlement (UE) n°1258/2013 a aussi été modifié par le règlement délégué (UE) 2016/1443, *ibid.*

[114] *Idem* et note 112, *supra*.

[115] Décision 2005/387/JAI du Conseil du 10 mai 2005, relative à l'échange d'informations, à l'évaluation des risques et au contrôle des nouvelles substances psychoactives, *JOUE* L 127, 20 mai 2005, pp. 32-37, qui abroge l'action commune 97/396/JAI du Conseil du 16 juin 1997 fondée sur l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'échange d'informations, à l'évaluation des risques et au contrôle des nouvelles drogues de synthèse, *JOUE* L 167, 25 juin 1997, pp. 1-3. Cette décision vient elle-même d'être abrogée, avec effet au 23 novembre 2018, par la directive (UE) 2017/2103 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2017

détecter à l'origine les nouvelles drogues synthétiques, puis, à partir de 2005, les nouvelles substances psychoactives apparaissant sur le marché, d'évaluer leur nocivité et d'en diffuser l'information aux États membres. Concrètement, ce cadre légal et ce système, couplé à d'autres systèmes d'information et à la coopération entre la société civile, les services douaniers et répressifs des États membres, permettent de saisir les substances détournées, de démanteler des réseaux de laboratoires clandestins et de soumettre les nouvelles substances signalées aux mesures de contrôle et aux sanctions pénales prévues dans les États membres.

En aval, la Communauté s'est attaquée, dès 1991[116], au blanchiment de l'argent du trafic des stupéfiants afin de priver les trafiquants de ressources leur permettant d'exercer leur trafic. Elle a également adopté des mesures complémentaires permettant de confisquer et de saisir les produits du crime[117].

---

modifiant la décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil afin d'inclure de nouvelles substances psychoactives dans la définition du terme « *drogue* » et abrogeant la décision 2005/387/JAI du Conseil, *JOUE* L 305, 21 novembre 2017, pp. 12-18. Cette directive doit être lue en liaison avec le règlement (UE) 2017/2101 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2017 (modifiant le règlement (CE) n°1920/2006 en ce qui concerne l'échange d'informations, un système d'alerte rapide et une procédure d'évaluation des risques concernant les nouvelles substances psychoactives, *JOUE* L 305, 21 novembre 2017, pp. 1-7) qui rénove et renforce, avec effet au 23 novembre 2018, le système d'alerte rapide pour plus d'efficacité et de rapidité.

[116] Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, *JOCE* L 166, 28 juin 1991, pp. 77-82. Afin d'étendre son champ d'application, la directive a été modifiée en 2001, puis abrogée par la directive 2005/60/CE, du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *JOUE* L 309, 25 novembre 2005, pp. 15-36. Cette dernière a elle-même été abrogée, avec effet au 26 juin 2017, pour répondre aux normes mondiales du Groupe d'action financière internationale (GAFI), par la directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n°648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, *JOUE* L 141, 5 juin 2015, pp. 73-117. Voir la chronique de S. BOLSY et de D. FLORE, « Droit pénal européen », *JDE* mai 2016, pp. 200-207, sp. p. 203.

[117] Action commune 98/699/JAI du 3 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, *JOCE* L 333, 9 décembre 1998, pp. 1-3 ; action commune modifiée par la décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, *JOCE* L 182, 5 juillet 2001, pp. 1-2. Voir aussi la décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, *JOUE* L 68, 15 mars 2005, pp. 49-51. L'ensemble de ces textes a été remplacé partiellement par la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, *JOUE* L 127,

Concernant les mesures combattant plus directement le trafic de stupéfiants, avant que les États membres ne parviennent à un rapprochement minimal de leur droit pénal matériel en 2004, des textes ont été adoptés pour permettre la coopération entre les autorités policières, douanières et judiciaires des États membres, afin de contribuer au démantèlement de réseaux et à l'arrestation des trafiquants, bien que ce type de coopération ne soit pas spécifique à la lutte contre les stupéfiants. Par exemple, des structures, tel Europol[118], des réseaux, tel le SIS[119] ou le SID (« *système d'information douanier* »[120]) ou encore des officiers de liaison (détachés dans les pays tiers)[121], nécessaires à cette coopération ont été mis en place. En outre, dans le domaine spécifique de la lutte contre les stupéfiants, des mesures ponctuelles ont été arrêtées pour faciliter cette coopération, telles les actions communes du Conseil du 29 novembre 1996 sur la détermination des caractéristiques chimiques des drogues[122] et sur la coopération

29 avril 2014, pp. 39-50. Voir la chronique de F. GALLI, « Droit pénal européen », *JDE* juin 2015, pp. 245-254, sp. p. 249.

[118] Voir *supra*, I, B, 1 ainsi que les notes 45, 61 et 64.

[119] Voir *supra*, I, B, 1 ainsi que la note 65.

[120] Prévu par la convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes de 1995 (*JOCE* C 316, 27 novembre 1995, pp. 33-47 ; convention abrogée et remplacée par la décision 2009/917/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes *JOUE* L 323, 10 décembre 2009, pp. 20-30), le SID a été créé par le règlement (CE) nº515/97 du Conseil du 13 mars 1997 relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration entre celles-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanière et agricole, *JOCE* L 82, 22 mars 1997, pp. 1-16. La décision a été modifiée à plusieurs reprises, en dernier lieu par le règlement (UE) 2015/1525 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015, *JOUE* L 243, 18 septembre 2015, pp. 1-12. Notons que la coopération douanière entre les États membres repose en particulier sur la « convention Naples II », établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières (*JOCE* C 24, 23 janvier 1998, pp. 2-22) dont l'art. 19 § 2 permet la coopération transfrontalière entre les administrations douanières en vue de la prévention, de la recherche et de la répression d'infractions en cas de trafic illicite notamment de drogues, de substances psychotropes et de précurseurs.

[121] Action commune 96/602/JAI du 14 octobre 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne concernant un cadre d'orientation commun pour les initiatives des États membres en matière d'officiers de liaison, *JOCE* L 268, 19 octobre 1996, pp. 2-4. Afin de renforcer la coopération policière et le rôle d'Europol, elle a été abrogée par la décision 2003/170/JAI du Conseil du 27 février 2003 relative à l'utilisation commune des officiers de liaison détachés par les autorités répressives des États membres, *JOUE* L 67, 12 mars 2003, pp. 27-30 ; elle-même modifiée par la décision 2006/560/JAI du Conseil du 24 juillet 2006, *JOUE* L 219, 10 août 2006, pp. 31-32.

[122] Action commune 96/699/JAI du 29 novembre 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'échange d'informations sur la détermination des caractéristiques chimiques des drogues, visant à améliorer la coopération entre les États membres en matière de lutte contre le trafic illicite de drogue, *JOCE* L 322, 12 décembre 1996, pp. 5-6. Devenue obsolète avec l'entrée en vigueur de la décision 2009/371/JAI (préc. en note 61), cette action commune, qui désignait l'unité « *Drogues* » d'Europol comme

entre les autorités douanières et la société civile[123]. De même, la décision du Conseil du 28 mai 2001 relative à la transmission entre les États membres d'échantillons de produits stupéfiants illicites a été adoptée afin de renforcer l'efficacité de la lutte contre la production et le trafic illicite de drogues en facilitant un tel échange entre les autorités nationales aux fins de prévention, de détection des infractions pénales, d'enquête et de poursuite[124].

Cette coopération est importante d'autant que le rapprochement du droit pénal matériel des États membres en matière de trafic de stupéfiants reste pour l'instant limité, même si la décision-cadre 2004/757/JAI du 25 octobre 2004[125] est considérée comme une avancée majeure en la matière[126].

B.- La décision-cadre 2004/757/JAI du 25 octobre 2004 relative au trafic de drogue

L'action commune du 17 décembre 1996, par laquelle les États membres s'étaient engagés à « *s'efforce(r) de rapprocher leurs législations pour les rendre compatibles entre elles dans la mesure où cela est nécessaire pour prévenir et lutter contre le trafic illicite de drogue dans l'Union européenne* »[127], est restée lettre morte, de même que la résolution du Conseil, du 20 décembre 1996, relative

---

l'autorité à laquelle devaient être transmises les informations en provenance des États membres sur la détermination des caractéristiques chimiques, a été abrogée par le règlement (UE) 2016/95 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 abrogeant certains actes dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale, *JOUE* L 26, 2 février 2016, pp. 9-12.

[123] Afin de permettre le développement de mémorandums d'accord entre les autorités douanières et les organisations d'entreprises, l'action commune 96/698/JAI (toujours en vigueur) du 29 novembre 1996 a été adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relatif à la coopération entre les autorités douanières et les organisations d'entreprises en matière de lutte contre le trafic de drogue, *JOCE* L 322, 12 décembre 1996, pp. 3-4.

[124] Décision 2001/419/JAI (toujours en vigueur) du Conseil du 28 mai 2001 relative à la transmission d'échantillons de produits réglementés, *JOCE* L 150, 6 juin 2001, pp. 1-3.

[125] Décision-cadre 2004/757/JAI du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, *JOUE* L 335, 11 novembre 2004, pp. 8-11.

[126] En ce sens, V. HAVY, *op. cit.*, pp. 190 et 419.

[127] Art. 1 de l'action commune 96/750/JAI du 17 décembre 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative au rapprochement des législations et des pratiques entre les États membres de l'Union européenne en vue de lutter contre la toxicomanie et de prévenir et de lutter contre le trafic illicite de drogue, *JOCE* L 342, 31 décembre 1996, pp. 6-8 ; abrogée par le règlement (UE) 2016/95 du 20 janvier 2016, préc., *supra* en note 122 *in fine*.

aux condamnations pour les infractions graves en matière de trafic de drogues[128]. Les États membres ont privilégié la coopération entre eux au rapprochement de leurs législations nationales en la matière. Il a donc fallu attendre qu'une compétence précise soit reconnue au Conseil, pour « *adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines (…) du trafic de drogue* » (article 31, point e), TUE[129], issu du traité d'Amsterdam), pour qu'une décision-cadre soit enfin adoptée par le Conseil le 25 octobre 2004, après plus de trois ans de négociations[130]. Cette décision-cadre fait suite, d'une part, aux invitations faites par le Conseil européen de Tampere de 1999 aux États membres d'adopter des dispositions législatives complémentaires afin de lutter contre le trafic de stupéfiants et de substances psychotropes et, d'autre part, aux recommandations du plan d'action antidrogue de l'UE (2000-2004) favorable à l'adoption de règles minimales relatives aux éléments constitutifs d'infraction et aux peines frappant le trafic de drogue. Dans son contenu (1), la décision-cadre aboutit à un rapprochement minimal des législations nationales concernant les infractions graves. Sa mise en œuvre par les États membres et sa modification intervenue en novembre 2017, afin d'étendre le droit pénal de l'Union applicable au trafic de drogue aux nouvelles substances psychoactives (NSP) présentant des risques graves pour la santé et/ou la société, appellent, en outre, certaines observations (2).

1 – Le contenu de la décision-cadre 2004/757/JAI

Après avoir renvoyé aux conventions des Nations unies pour les définitions de « *drogue* » et de « *précurseur* » (article 1)[131], la décision-cadre établit des règles minimales concernant les infractions pénales et les sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, afin en particulier d'éviter tout problème dans

[128] Résolution du Conseil 97/C 10/02, *JOCE* C 10, 11 janvier 1997, pp. 3-4, par laquelle les États membres devaient veiller à ce que leur législation nationale prévoie, pour les infractions graves de trafic répondant à certains éléments fixés dans la résolution, l'application de peines privatives de liberté les plus lourdes imposées par leur droit pénal pour des infractions d'une gravité comparable.

[129] Remplacé, depuis le traité de Lisbonne, par l'art. 83 TFUE.

[130] La proposition de la Commission a été présentée en juin 2001 : proposition de décision-cadre du Conseil concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, COM(2001) 259 final, 27 juin 2001, *JOCE* C 304 E, 30 octobre 2001, pp. 172-175.

[131] La décision-cadre 2004/757/JAI s'applique ainsi, dans sa version originelle, concernant les drogues, aux substances couvertes par la convention des Nations unies de 1961 (telle que modifiée par le protocole de 1972) ou par celle de 1971 ainsi qu'aux drogues de synthèse soumises à des mesures de contrôle dans l'UE en vertu de l'action commune 97/396/JAI, préc. *supra* en note 115. Elle s'applique aussi, concernant les précurseurs, aux substances classifiées par l'UE en référence à la convention des Nations unies de 1988. Sur la modification de la décision-cadre pour y inclure les NSP, voir *infra*, II, B, 2.

la coopération policière et judiciaire entre les États membres lié au fait que la ou les infractions en cause ne seraient pas punissables dans les législations des États membres concernés. En premier lieu, elle arrête une définition commune de l'infraction de trafic de stupéfiants. Doivent dès lors être punis les comportements intentionnels liés au trafic de drogue et de précurseurs, tels que la production, la fabrication, l'extraction, la vente, le transport, l'importation ou l'exportation (article 2 paragraphe 1)[132]. De même sont punis les comportements d'incitation, de complicité et de tentative de trafic de drogues (article 3 paragraphe 1)[133]. Seules les activités liées exclusivement à la consommation personnelle ne sont pas inquiétées, en tant qu'elles sont exclues explicitement du champ d'application de la décision-cadre (article 2 paragraphe 2), en raison sans doute de la divergence des droits internes des États membres en la matière[134].

En second lieu, la décision-cadre prévoit l'adoption par chaque État membre pour les infractions précédemment mentionnées de sanctions « *effectives, proportionnées et dissuasives* » (article 4 paragraphe 1), avec l'application de peines maximum d'au moins un à trois ans d'emprisonnement pour les infractions de base (article 4 paragraphe 1) et de peines maximales d'au moins cinq à dix ans d'emprisonnement en cas de grandes quantités de drogue ou en cas de drogues très dommageables pour la santé ou ayant causé des dommages importants à la santé de plusieurs personnes (article 4 paragraphe 2, points a) et b)) ; sachant que, dans ces différents cas, la peine doit être d'au moins dix ans si l'infraction a été commise dans le cadre d'une organisation criminelle (article 4 paragraphe 3)[135]. Les États membres doivent aussi prévoir des peines complémentaires de confiscation des substances objets desdites infractions, des instruments ayant servi ou devant servir à celles-ci, des produits de ces infractions ou encore des biens dont la valeur correspond à celle de ces produits, substances ou instruments (article 4 paragraphe 5). Ils peuvent, par ailleurs, introduire des circonstances atténuantes permettant

---

[132] Cet art. se contente de reproduire la liste des comportements illicites visés à l'art. 3 de la convention des Nations unies de 1988, en prévoyant que sont punis les comportements intentionnels suivants : « a*) la production, la fabrication, l'extraction, la préparation, l'offre, la mise en vente, la distribution, la vente, la livraison à quelque condition que ce soit, le courtage, l'expédition, l'expédition en transit, le transport, l'importation ou l'exportation de drogues ;*

b) la culture du pavot à opium, du cocaïer ou de la plante de cannabis ;

c) la détention ou l'achat de drogues dans le but d'exercer l'une des activités énumérées au point a) ;

d) la fabrication, le transport, la distribution de précurseurs, dont celui qui s'y livre sait qu'ils doivent être utilisés dans ou pour la production ou la fabrication illicites de drogues ».

[133] Mais les États peuvent exclure de la responsabilité pénale la tentative d'offre ou de préparation de drogues et la tentative de détention de drogues (art. 3 § 2).

[134] En ce sens, E. PITTO, « La lutte contre le trafic de drogue », *Revue internationale de droit pénal* 2006/1, vol. 77, pp. 271-276, sp. p. 274.

[135] Mais la peine maximale de cinq à dix ans au moins continue à s'appliquer pour les infractions concernant les précurseurs commises dans le cadre d'une organisation criminelle (art. 4 § 4).

de réduire les peines (article 5), lorsque l'auteur de l'infraction renonce à ses activités délictueuses et fournit aux autorités administratives ou judiciaires des informations visées à l'article 5, point b).

En troisième lieu, la décision-cadre impose aux États membres de prendre des mesures pour que les personnes morales[136] puissent être tenues responsables des infractions visées aux articles 2 et 3, lorsqu'elles sont commises pour leur compte par toute personne exerçant un pouvoir de direction en leur sein[137] (article 6 paragraphe 1) et ce, même en cas de défaut de surveillance ou de contrôle de celle-ci (article 6 paragraphe 2). Les sanctions à l'encontre des personnes morales - dont la responsabilité n'exclut pas des poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigateurs ou complices (article 6 paragraphe 3) - doivent inclure des amendes pénales ou non pénales et éventuellement d'autres sanctions, telles l'exclusion du bénéfice d'un avantage fiscal ou d'aides publiques, l'interdiction d'exercer une activité commerciale, un placement sous surveillance judiciaire, une dissolution judiciaire ou la fermeture de l'établissement (article 7).

Enfin, les articles suivants de la décision-cadre traitent de la compétence de chaque État membre pour engager les poursuites pénales qui s'imposent (article 8)[138] et de sa mise en œuvre par les États membres au plus tard le 12 mai 2006 (article 9 paragraphe 1), moyennant un rapport de la Commission le 12 mai 2009 (article 9 paragraphe 2).

2 – La mise en œuvre et la modification de la décision-cadre 2004/757/JAI

Dans un rapport du 10 décembre 2009 sur la mise en œuvre de la décision-cadre, la Commission affirme que « *la plupart des États membres respectaient déjà souvent un certain nombre de dispositions* »[139]. Elle estime que si les législations nationales respectent dans l'ensemble les dispositions européennes relatives aux sanctions, les peines nationales, qui diffèrent fortement d'un pays à un autre, sont en règle générale plus sévères. Selon elle, le texte a abouti, dans

[136] Définies à l'art. 1 § 3 de la décision-cadre.

[137] Pouvoir défini à l'art. 6 § 1, points a), b), et c).

[138] Un État membre est en principe compétent si l'infraction a été commise sur son territoire ou pour le compte d'une personne morale qui y est établie ou si l'auteur de l'infraction est un de ses ressortissants (art. 8 § 1). Mais, un État membre peut décider de ne pas appliquer ces règles, en cas d'infraction commise hors de son territoire (art. 8 § 2), à la condition d'en informer le Conseil et la Commission (art. 8 § 4).

[139] Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la décision-cadre 2004/757/JAI concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, COM(2009)669 final, 10 décembre 2009, 10 p., sp. p. 10.

l'ensemble, à des modifications mineures du droit national des États membres[140] et - bien que constituant « *une première pierre vers une approche pénale commune du trafic de drogue - n'a pas entraîné un rapprochement substantiel entre les législations nationales* »[141]. Actuellement, les mesures nationales de transposition de la décision-cadre, qui ont été communiquées à la Commission par vingt-trois États membres[142], sont recensées sur le site Eur-lex[143].

En outre, le 17 septembre 2013[144], la Commission a présenté une proposition de directive visant à modifier la décision-cadre afin d'y inclure les NSP, la décision-cadre en vigueur ne visant pas ces nouvelles drogues en n'étant applicables qu'aux seules substances réglementées par les conventions précitées des Nations unies et aux drogues de synthèse soumises à contrôle sur le territoire de l'Union[145]. Après plus de quatre ans de négociations, la directive a été adoptée le 15 novembre 2017[146] et doit être transposée dans le droit interne des États membres au plus tard le 23 novembre 2018. Elle permet de soumettre les NSP, à l'apparition de plus en plus fréquente et rapide et aux effets de plus en plus nocifs pour la santé et la société, aux mêmes dispositions de droit pénal que les substances réglementées par les conventions des Nations unies. Aussi l'article 1er de la décision-cadre 2004/757/JAI est-il modifié afin d'inclure dans la définition du terme « *drogue* » et, donc, dans le champ d'application de la décision-cadre les NSP. Celles-ci sont désormais énumérées en annexe de la décision-cadre modifiée[147] et définies comme « *une substance à l'état pur ou dans une préparation (…) qui peut présenter des risques pour la santé ou pour la société similaires à ceux que présentent les substances visées par (l)es conventions* »[148]

---

[140] Voir la synthèse du rapport sur le site Eur-lex *via* le lien ci-après : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/LSU/?uri=uriserv:OJ.L_.2004.335.01.0008.01.FRA

[141] Communiqué de presse de la Commission du 10 décembre 2009, MEMO/09/548.

[142] À l'exclusion des États membres suivants : Belgique, Irlande, Italie, Slovaquie, Royaume-Uni.

[143] http://eurlex.europa.eu/legalcontent/FR/NIM/?uri=uriserv:OJ.L_.2004.335.01.0008.01.FRA

[144] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, en ce qui concerne la définition du terme « *drogue* », COM(2013) 618 final, 10 p. Voir le communiqué de presse de la Commission du 17 septembre 2013, « La Commission européenne engage une action décisive contre les euphorisants légaux », IP/2013/837.

[145] Sur le champ d'application initial de la décision-cadre, voir *supra*, note 131.

[146] Directive (UE) 2017/2103 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2017 modifiant la décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil afin d'inclure de nouvelles substances psychoactives dans la définition du terme « *drogue* » et abrogeant la décision 2005/387/JAI du Conseil, *JOUE* L 305, 21 novembre 2017, pp. 12-18.

[147] Voir art. 1 § 1 point b de la décision-cadre modifiée et son annexe contenant la liste des NSP et drogues de synthèse par renvoi à 12 textes du Conseil adoptés entre 1999 et 2017.

[148] Décision-cadre modifiée, art. 1, nouveau point 4) .

des Nations unies. En outre, afin de pouvoir répondre rapidement à l'émergence et à la propagation de NSP nocives dans l'UE, la Commission est habilitée à adopter des actes délégués conformément à l'article 290 TFUE en vue de compléter la liste de substances annexée à la décision-cadre[149]. Les États membres sont tenus, pour leur part, d'appliquer ces actes le plus tôt possible et au plus tard dans les six mois de leur entrée en vigueur[150] et peuvent maintenir ou introduire sur leur territoire toute mesure de contrôle des NSP jugée opportune[151].

Force est de constater qu'il s'agit de plus en plus pour l'UE d'« *adapter son arsenal législatif aux nouveaux phénomènes de criminalité organisée* »[152] et d'approfondir les instruments existants. Plusieurs propositions de directive ou de règlement, concernant indirectement la lutte contre le trafic de drogue, ont été présentées par la Commission en décembre 2016, dont l'une sur le blanchiment d'argent[153] pour y inclure notamment la cybercriminalité et trois autres sur la réforme du SIS[154] pour y inclure notamment les nouvelles données biométriques d'identification (images faciales, empreintes palmaires et profils ADN). En outre et surtout, un certain nombre de propositions, présentées en décembre 2017[155], sont en cours de négociation dans le cadre de la procédure législative ordinaire, afin de renforcer la lutte contre le trafic de NSP présentant des risques graves pour la santé publique et affectant surtout les jeunes. En conséquence, le cadre juridique européen de la lutte contre le trafic de stupéfiants, soit le volet répressif de la politique européenne en matière de stupéfiants, est appelé à s'enrichir. Le coeur de la solution au problème du trafic de drogue en Europe ne se trouve-t-il

[149] *Ibid.*, art. 1er bis et art. 8 bis sur l'exercice de la délégation par la Commission.
[150] *Ibid.*, art. 1er bis § 4. Le Royaume-Uni et le Danemark, à l'inverse de l'Irlande, ne sont pas soumis à l'application de la directive (consid. 12 à 14 de la directive (UE) 2017/2103, préc).
[151] Décision-cadre modifiée, art. 1 ter.
[152] S. BOSLY et de D. FLORE, « Droit pénal européen », *JDE* mai 2016, *op. cit.*, p. 201.
[153] Voir la chronique de S. BOSLY et de D. FLORE, « Droit pénal européen », *JDE* mai 2017, pp. 186-194, sp. pp. 188-189 mentionnant également une proposition de directive du 5 juillet 2016 visant à modifier la directive (UE) 2015/849, préc. *supra* en note 116. Voir aussi les communiqués de presse de la Commission du 21 décembre 2016, « Union de la sécurité : La Commission adopte des règles renforcées pour combattre le financement du terrorisme » (IP/16/4401) et du 5 juillet 2016, « La Commission renforce les mesures de transparence afin de lutter contre le financement du terrorisme, l'évasion fiscale et le blanchiment de capitaux », IP/16/2380.
[154] S. BOSLY et de D. FLORE, *ibid.*, p. 190. Voir aussi le communiqué de presse de la Commission du 21 décembre 2016, « Union de la sécurité : la Commission propose de renforcer le système d'information Schengen afin de mieux lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontière », IP/16/4402.
[155] Voir le communiqué de presse de la Commission du 18 décembre 2017, IP/17/5289, « Lutte contre les drogues illicites : la Commission propose l'interdiction de sept nouvelles substances », parmi lesquelles les drogues appelées « *spice* » (« *drogue zombie* »), « *herbal incense* » (« *encens* ») et « *weed légale* » et ce, après en avoir déjà interdit neuf autres en 2017.

pas cependant, pour partie, en amont, dans le volet préventif de santé publique en lien notamment avec la réduction des risques à développer ?

Le cadre juridique international de la lutte contre les stupéfiants

Perrine SIMON

Docteure en Droit public

Université Paris Est/Université du Luxembourg

Une articulation autour de trois conventions internationales – La lutte contre les stupéfiants au niveau international s'articule essentiellement autour de trois conventions universelles conclues au sein des Nations Unies qui organisent avant tout la production, la circulation internationale et l'utilisation licite, à des fins scientifiques ou médicales de produits réglementés et, seulement accessoirement, la répression du trafic illicite.

La Convention Unique sur les stupéfiants adoptée à New York le 30 mars 1961, amendée en 1972 par le Protocole de Genève du 25 mars, constitue le texte de base du droit international des stupéfiants. Elle est dénommée Convention « unique » car elle abroge et remplace une dizaine de conventions internationales préexistantes[1]. Sans s'attarder sur les conventions antérieures, on peut souligner que le principe de la limitation du commerce des drogues à des fins médicales date du début du siècle dernier plus précisément de 1906, avec la Convention de Shanghai intervenant après les guerres de l'opium. Cette Convention Unique de 1961 porte notamment sur l'opium, la morphine, l'héroïne, la cocaïne et le cannabis.

La deuxième convention nous intéressant est la Convention sur les substances psychotropes adoptée à Vienne le 21 février 1971. Elle met à jour la Convention Unique en soumettant au droit international des stupéfiants les substances d'origines synthétiques qui étaient restées hors du champ de la Convention de 1961 telles que les hallucinogènes, amphétamines, barbituriques et tranquillisants.

Le troisième texte d'importance est la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes adoptée à Vienne le 19 décembre 1988. Cette convention est conçue pour compléter et renforcer le dispositif international et institue une nouvelle catégorie de substances contrôlées – les précurseurs – qui sont des substances fréquemment utilisées dans la

[1] Pour une présentation des origines historiques du cadre actuel par les conventions préexistantes, voir F. CABALLERO et Y. BISIOU, *Droit de la drogue*, 2ème éd., 2000, Dalloz, pp. 34 et s.

fabrication de stupéfiants. Quoique ce dernier texte constitue l'outil international le plus complet dans la lutte contre le trafic illicite de stupéfiant, il est aussi le plus répressif. La Convention de 1988 est caractérisée par une sévérité croissante du contrôle des stupéfiants et par une aggravation de la répression du trafic illicite, y compris la consommation personnelle. Le but avoué de cette convention est de durcir la prohibition et la répression internationales. On le verra, la nouvelle tendance à la dépénalisation de la consommation personnelle ne trouve pas de soutien exprès dans les traités de l'ONU.

Contrôle et prohibition – Ces trois conventions posent un système international de contrôle de la drogue. D'une part, elles organisent un contrôle du produit, c'est-à-dire qu'elles définissent les règles allant de la production à la détention licite de drogues, pour un usage uniquement à des fins médicales ; pour le dire autrement, elles mettent sur pied le contrôle du marché pharmaceutique. D'autre part, elles organisent le contrôle pénal des drogues illicites, c'est-à-dire la suppression par la voie pénale de la production illicite, de l'approvisionnement et de la consommation de drogues. Ces conventions mettent ainsi en place un double régime : administratif et pénal[2]. Pour décrire ce double régime dans les grandes lignes, on peut dire que tout ce qui ne relève pas du marché licite des stupéfiants et substances psychotropes est illégal[3].

Comme la doctrine l'a souligné, l'inspiration d'ensemble de ce système « *est donc nettement prohibitionniste* » et l'« *objectif poursuivi est de supprimer l'offre à toute autre fin* »[4]. Le système mis en en place vise clairement à prévenir/dissuader la consommation en reposant sur le fondement que la consommation est impossible sans détention. L'idée est que la meilleure façon de réduire les risques liés à la drogue est de réduire la taille du marché illicite par la prohibition de l'approvisionnement de ce dernier. Finalement, ces conventions mettent en place un régime global de prohibition de la drogue (« *Global drug prohibition regime* »). On peut rappeler qu'en 1990, l'Assemblée générale de l'ONU avait décidé que la période 1991-2000 serait la « *Décennie des Nations unies contre la drogue* » portant ainsi explicitement l'utopie d'un « *monde sans drogue* ». L'approche suivie est illustrée par la lecture des préambules de ces conventions. Celui de la Convention Unique de 1961 affirmait que « *la toxicomanie est un fléau pour l'individu et constitue un danger économique et social pour l'humanité* ». En 1988, le préambule de la Convention de Vienne annonçait vouloir « *éliminer les causes profondes du problème de l'abus des stupéfiants et des substances psychotropes, notamment la demande illicite de ces stupéfiants et substances et les gains énormes tirés du trafic illicite* ». Il soulignait les « *effets dévastateurs du trafic* » qui, lié à d'autres activités criminelles

[2] B. AUBERT et M. MASSE, « Stupéfiants », *Rép. de droit international*, Dalloz, 2005.
[3] *Ibid*., n°16.
[4] *Id*.

organisées, « *sape les fondements même de l'économie légitime* » et « *menace la stabilité, la sécurité et la souveraineté des États* ».

Aujourd'hui la plupart des États dans le monde sont membres de ce régime restrictif où tout ce qui est en dehors du marché légal est puni par des sanctions pénales. D'après les chiffres disponibles dans le dernier rapport de l'Organe international de contrôle des stupéfiants, au 1er novembre 2016[5] seuls 11 États n'avaient pas encore ratifié la Convention Unique sur les stupéfiants de 1961[6], 14 États s'agissant de la Convention sur les substances psychotropes de 1971[7] et neufs États s'agissant de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988[8].

Après avoir présenté brièvement le volet administratif organisant le contrôle du marché licite de stupéfiants (I), nous envisagerons le volet pénal organisant la répression du marché illicite de stupéfiants (II).

I.- Le volet administratif organisant le contrôle du marché licite de stupéfiants

Un système d'« économie dirigée » – Les stupéfiants et substances psychotropes relèvent de ce que l'on peut qualifier d' « économie dirigée »[9] englobant la production, le commerce international, la distribution locale et l'utilisation ou la consommation à des fins scientifiques ou médicales exclusivement. Tout écart par rapport à la réglementation mise en place relève du commerce illicite et partant du trafic illicite de stupéfiants qui englobe, en amont du commerce proprement dit, la culture ou la fabrication et, en aval, l'acquisition et la détention destinées à la consommation personnelle. Toutes les activités de production, de distribution et d'acquisition à des fins qui ne sont pas scientifiques ou médicales sont prohibées. C'est le seul marché légal soumis à des règles

[5] Rapport de l'Organe international de contrôle des stupéfiants pour 2016, OICS, 2017.
[6] Telle que modifiée par le Protocole de 1972 : deux États d'Afrique (Guinée équatoriale et Soudan du Sud), 2 d'Asie (État de Palestine et Timor-Leste) et sept d'Océanie (Îles Cook, Kiribati, Nauru, Nioué, Samoa, Tuvalu et Vanuatu).
[7] Trois États d'Afrique (Guinée équatoriale, Libéria et Soudan du Sud), un État des Amériques (Haïti), deux États d'Asie (État de Palestine et Timor-Leste) et huit États d'Océanie (Îles Cook, Îles Salomon, Kiribati, Nauru, Nioué, Samoa, Tuvalu et Vanuatu).
[8] Trois États d'Afrique (Guinée équatoriale, Somalie et Soudan du Sud), un État d'Asie (État de Palestine) et 5 États d'Océanie (Îles Salomon, Kiribati, Palaos, Papouasie-Nouvelle-Guinée et Tuvalu).
[9] M. BETTATI, « Le contrôle international des stupéfiants », *RGDI publ.*, 1974, pp. 170 et s., sp. p. 192.

nationales imposées et contrôlées par les organes compétents de l'ONU qui maîtrisent par ce biais l'offre licite[10].

Les conventions ne donnent pas à proprement parler de définition des stupéfiants mais procèdent par énumération. La définition des substances visées résulte d'une liste limitative de produits inscrits dans des tableaux figurant en annexe de chaque convention. On peut souligner que le nombre de produits soumis au contrôle n'a cessé de croître et que les critères utilisés ne sont toujours pas évidents. Ils sont souvent contestés tant du point de vue médical, que pharmacologique ou sanitaire, culturel ou encore rationnel[11]. Si l'on prend par exemple le tableau I de la Convention Unique de 1961 qui classe les substances possédant des propriétés susceptibles d'entretenir ou d'engendrer la toxicomanie ou un risque d'abus comparable à l'héroïne, cocaïne et cannabis, on peut relever qu'il contenait 78 substances en 1961 et en contient désormais 124 en 2017.

Des organes internationaux spécialisés – Le droit qui découle de ces conventions se caractérise par l'existence d'organes spécialisés tels que la Commission des stupéfiants, l'Organe international de contrôle des stupéfiants ou encore le Programme des Nations Unies pour le contrôle international des drogues[12].

La Commission des stupéfiants crée par le Conseil économique et social de l'ONU (ECOSOC) en 1946, remplace la Commission consultative de l'opium (crée par la Convention de 1925 relative à la suppression du commerce et de l'usage de l'opium). Elle est une sorte d'organe législatif, de « *mini-parlement du droit international des stupéfiants* »[13]. La Commission est composée de 53 membres élus par le Conseil pour 4 ans, censés assurer une représentation équilibrée des pays producteurs et consommateurs. Il y a aussi des représentants de pays non signataires et d'organisations internationales ou privées. L'Union européenne a par exemple le statut d'observateur. La Commission des stupéfiants a pour fonction d'aider le Conseil à contrôler l'application des conventions internationales, de donner des avis sur toutes les questions relatives aux stupéfiants et d'étudier les modifications nécessaires à son contrôle. Elle a en outre le pouvoir de décider du classement d'une plante dans les tableaux des trois conventions mentionnées. Ce pouvoir est considérable puisque la Commission peut ainsi décider de vie ou de mort commerciale d'une substance. La Commission est le premier organe et le plus important du contrôle international

[10] B. AUBERT et M. MASSE, *op. cit.*, n°15.
[11] B. AUBERT et M. MASSE, *op. cit.*, n°33.
[12] D'autres organes internationaux dont le travail n'est pas spécifiquement dédié à la lutte contre le trafic de stupéfiants sont également importants tels que l'Organisation internationale de police criminelle (OICP-Interpol) ou l'Organisation mondiale de la santé (OMS), voir F. CABALLERO et Y. BISIOU, *op. cit.*, pp. 54 et s.
[13] F. CABALLERO et Y. BISIOU, *op. cit.*, pp. 49 et s.

des stupéfiants. Elle est un organe politique, ce qui consacre la primauté du politique sur l'administratif.

L'Organe international de contrôle des stupéfiants (OICS) est un organe permanent qui siège à Vienne ayant également pour origine la Convention de 1925 sur l'opium. Sorte d'autorité administrative indépendante internationale, cet organe a pour but de contrôler la bonne application des conventions et a ainsi un rôle mi-administratif, mi-judiciaire. Ses membres siègent à titre personnel et non comme représentant d'un État (13 membres élus pour 5 ans). Sa fonction principale est de contrôler l'exécution des conventions, de juger les États et d'entreprendre le cas échéant auprès d'eux les procédures nécessaires. Lorsque l'Organe a des raisons objectives de croire que les buts des conventions sont sérieusement compromis du fait qu'une partie manque d'en exécuter les dispositions, il peut proposer d'*entrer en consultation avec le gouvernement intéressé* ou lui *demander des explications*. Il lui est également possible de proposer à ce gouvernement de faire entreprendre une étude sur son territoire et, si nécessaire, de lui fournir les moyens techniques ou les spécialistes pour assister les agents nationaux dans l'étude en question. Les textes prévoient une progressivité dans les mesures à prendre : demande d'explications, injonction, recommandation d'embargo qui est la sanction suprême (jamais appliquée)[14]. La meilleure arme est la pression morale par la publication d'informations officielles. L'OICS publie en effet chaque année plusieurs rapports qui fournissent un aperçu complet de la situation mondiale en matière de contrôle des stupéfiants. La sélectivité, la partialité et « *la politique du déni* » de l'OICS est cependant pointée du doigt[15].

Le Programme des Nations Unies pour le contrôle international des drogues (PNUCID) fonctionne à l'intérieur du secrétariat des Nations unies depuis 1991. Il a longtemps été considéré comme l'instrument financier de la politique anti-drogue de l'Occident en ce qu'il dépend des contributions financières des États-Unis et de l'Europe[16]. Il aide par exemple à la mise en œuvre de programmes agricoles de cultures de substitution en finançant des programmes de développement pour passer de la culture de la drogue à des cultures de remplacement.

[14] Article 14 de la Convention Unique ; Article 19 de la Convention de Vienne.

[15] P.-A. CHOUVY, « La guerre contre la drogue. Bilan d'un échec », *in* H. BERGERON et R. COLSON (dir.), *Les drogues face au droit*, 2015, PUF, pp. 65-74, sp. p. 70.

[16] Voir sur le Programme des Nations unies pour le contrôle international des drogues, F. CABALLERO et Y. BISIOU, *Droit de la drogue*, *op. cit.*, pp. 52 et s.

II.- Le volet pénal organisant la répression du marché illicite de stupéfiants

Les incriminations – Afin de réprimer efficacement et de manière uniforme les comportements interdits, les trois conventions prescrivent aux États d'ériger en infraction pénale une série de comportements intentionnels qu'elles énumèrent. La Convention de 1988 reprend l'énumération de toutes les infractions visées par la Convention Unique de 1961 et par celle sur les psychotropes de 1971. Nous laisserons de côté la question de l'incrimination du blanchiment d'argent pour se concentrer sur l'incrimination du trafic illicite de drogue[17]. L'article 3§1 de la Convention de 1988 vise divers aspects du trafic illicite de drogue en imposant de conférer le caractère d'infraction pénale à la production, à la fabrication, à l'extraction, à la préparation, à l'offre, à la mise en vente, à la distribution, à la vente, à la livraison à quelque condition que ce soit, au courtage, à l'expédition, à l'expédition en transit, au transport, à l'importation ou à l'exportation de tout stupéfiant ou de toute substance psychotrope, à la culture du pavot à opium, du cocaïer ou de la plante de cannabis aux fins de la production de stupéfiants en violation des dispositions de la Convention de 1961, à la détention ou à l'achat de tout stupéfiant ou de toute substance psychotrope aux fins de l'une des activités énumérées ci-dessus, etc[18]. Les comportements visés sous le « trafic illicite » sont larges et la marge de manœuvre des États signataires est étroite s'agissant des incriminations, y compris s'agissant de l'usage de stupéfiants.

Alors qu'en général les conventions prohibent la possession de drogue plutôt que la consommation, la Convention de 1988 vise très clairement l'usage en imposant de conférer le caractère d'infraction pénale à « *la détention et à l'achat de stupéfiants et de substances psychotropes et à la culture de stupéfiants*

---

[17] Voir sur ce point S. EL ZEIN, « Chapitre 49. Trafic illicite de stupéfiants », *in* H. ASCENCIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, 2ème éd., pp. 583-592, sp. pp. 586-587.

[18] L'article 3§1 poursuit : « *A la fabrication, au transport ou à la distribution d'équipements, de matériels ou de substances inscrites au Tableau I et au Tableau II, dont celui qui s'y livre sait qu'ils doivent être utilisés dans ou pour la culture, la production ou la fabrication illicites de stupéfiants ou de substances psychotropes; v) A l'organisation, à la direction ou au financement de l'une des infractions énumérées aux sous-alinéas i, ii, iii ou iv ci-dessus; la conversion ou au transfert de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une des infractions établies conformément à l'alinéa a du présent paragraphe ou d'une participation à sa commission, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'une de ces infractions à échapper aux conséquences juridiques de ses actes; ii) A la dissimulation ou au déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement, ou de la propriété réels de biens ou de droits y relatifs, dont l'auteur sait qu'ils proviennent de l'une des infractions établies conformément à l'alinéa a du présent paragraphe ou d'une participation à une de ces infractions* ».

destinés à la consommation personnelle »[19]. Certes, l'usage lui-même n'est pas explicitement visé, mais « *pour consommer, il faut cultiver ou avoir acheté ; en tous cas, il faut bien détenir…* »[20]. Il faut ainsi reconnaître que le droit international pousse largement à l'incrimination de l'usage[21]. Si l'on reprend l'exemple du cannabis, en vertu des conventions internationales, les pays signataires sont contraints de considérer le cannabis comme un stupéfiant. Cela signifie que l'usage à des fins médicales est autorisé, mais que parallèlement l'usage non médical doit être érigé en infraction pénale. La légalisation du cannabis est donc interdite en vertu du droit international sauf à modifier la liste en annexe des conventions ou à dénoncer ces dernières.

Le dernier rapport de l'OICS a ainsi condamné la politique de légalisation du cannabis menée par plusieurs États signataires des conventions précitées. S'agissant des États-Unis, l'OICS a rappelé « *que les mesures législatives et administratives prises par plusieurs États du pays en vue de légaliser et de réglementer la vente de cannabis à des fins non médicales contrevenaient à l'obligation juridique énoncée à l'article 4, alinéa c, de la Convention de 1961, de limiter exclusivement aux fins médicales et scientifiques la production, la fabrication, l'exportation, l'importation, la distribution, le commerce, l'emploi et la détention des stupéfiants* »[22]. S'agissant de l'Uruguay, l'Organe a noté que le Gouvernement uruguayen continuait d'appliquer des mesures visant à créer un marché réglementé du cannabis destiné à un usage non médical et a réaffirmé « *qu'une telle législation est contraire aux dispositions des conventions internationales relatives au contrôle des drogues, en particulier aux mesures énoncées à (…) la Convention de 1961 (…)* »[23]. En outre, s'agissant du Danemark et des salles de consommation de drogues, l'OICS a souligné « *que les utilisateurs doivent se procurer les substances qu'ils consommeront dans les "salles de consommation de drogues" avant de s'y rendre. Il exprime des réserves au sujet de ces pratiques* ».[24]

Les sanctions – Les conventions précitées préconisent certaines peines, des peines d'emprisonnement ainsi que des mesures complémentaires ou de substitution. Les conventions de 1961 et 1971 prescrivent que les infractions graves « *soient passibles d'un châtiment adéquat, notamment de peines de prison ou d'autres peines privatives* ». La Convention de 1988, qui fait la synthèse des conventions antérieures, renforce ces dispositions en exigeant que les infractions

[19] Article 3§2 (nous soulignons).
[20] B. AUBERT et M. MASSE, *op. cit.*, n°112.
[21] J. FRANQUET, « L'usage de drogue et les conventions internationales des Nations unies. Le dispositif des Nations unies de lutte contre la drogue », *RPDP*, 2002, pp. 203-221.
[22] Rapport de l'Organe international de contrôle des stupéfiants pour 2016, *op. cit.*, p. 30.
[23] *Id.*
[24] *Id.*, p. 27.

de trafic illicite de stupéfiants soient « *punissables de sanctions tenant compte de leur gravité, telles que l'emprisonnement ou d'autres peines privatives de liberté, l'imposition d'amendes et la confiscation* »[25]. La généralité de ces expressions laisse au législateur national une large marge d'appréciation et la liberté de prévoir des sanctions sévères. La Convention de 1988 suggère également la prise en compte de circonstances aggravantes notamment la commission dans le cadre de la criminalité organisée et précise que pour la récidive il est tenu compte des condamnations à l'étranger.

Depuis la Convention de 1961 (et par opposition aux conventions antérieures), les conventions prévoient qu'au lieu de condamner ou de prononcer une sanction pénale, les États *peuvent* soumettre les auteurs d'infractions à des mesures de traitement, d'éducation, de postcure, de réadaptation ou de réinsertion sociale, soit à titre complémentaire de la sanction pénale, soit en tant qu'alternative à la sanction pénale *dans les cas appropriés d'infractions de caractère mineur lorsque l'auteur de l'infraction est un toxicomane.* Les travaux préparatoires laissent apparaître que cette possibilité laissée aux États a été pesée et mesurée ce qui montre bien l'esprit du texte : l'usage est répréhensible sauf si les parties souhaitent en disposer autrement[26]. On peut souligner que l'État n'est pas dans l'obligation de substituer une mesure thérapeutique et éducative, mais qu'il est contraint par les conventions de sanctionner ou de soigner, c'est-à-dire contraint d'apporter une réponse. Les références à la toxicomanie en dehors de cette hypothèse sont rares. Seule la Convention Unique de 1961 y consacre une disposition intitulée « *le traitement des toxicomanes* ». L'article 38 de cette dernière dispose que « *1. Les Parties prendront particulièrement en considération les mesures à prendre pour faire traiter et soigner les toxicomanes et assurer leur réadaptation. 2. Si la toxicomanie constitue un grave problème pour une Partie et si ses ressources économiques le permettent, il est souhaitable qu'elle crée les services adéquats en vue du traitement efficace des toxicomanes* ». La seule disposition existante est ainsi très peu contraignante et témoigne de ce que la question est presque totalement ignorée par les conventions internationales et renvoyée aux États parties.

Conclusion – Les conventions étudiées se caractérisent par leur approche prohibitionniste ainsi que leur sévérité. Au fil du temps, l'économie générale des solutions prônées est restée la même, avec une augmentation constante de la réglementation internationale des produits stupéfiants, dont le champ d'application a été élargi et la technicité accrue. Il faut cependant souligner que le consensus international sur la prohibition globale semble se fracturer, eu égard aux initiatives nationales récentes, mais aussi aux initiatives internationales. On peut mentionner la « *Global Commission on Drug Policy* » créée en 2011

[25] Article 3§4.
[26] J. FRANQUET, *op. cit.*, p. 215.

composée d'une dizaine d'ancien chefs d'États et de Kofi Annan, qui dénonce les conséquences négatives de la « *guerre contre la drogue* », recommande de mettre fin à la pénalisation de l'usage des drogues, inefficaces et contre-productive et appelle à un changement de paradigme donnant la priorité à la santé et à la prévention des risques. La résolution de l'ONU du 19 avril 2016 intitulée « Notre engagement commun à aborder et combattre efficacement le problème mondial de la drogue » s'inscrit dans ce même mouvement. Quoique cette résolution réaffirme son attachement aux objectifs des conventions précitées, le discours évolue incontestablement : la résolution distingue l'usage de l'abus, constate la difficulté, voire l'impossibilité de se procurer des drogues soulageant la douleur dans de nombreux pays du monde, prône une politique plus équilibrée plaçant les droits de l'homme et la santé aux premiers plans[27]. Si l'heure n'est pas encore à la modification du cadre juridique international, il s'agit bien d'un pavé dans la mare prohibitionniste.

[27] M. LENA, « Quelques réflexions sur la prohibition des stupéfiants », *AJ Pénal*, 2016, p. 229.

L'intervention de l'État en mer dans la lutte contre le narcotrafic

Xavier DE BONNAVENTURE

Attaché Temporaire d'Enseignement et de Recherche, Université de Paris II

Qu'il me soit permis de débuter mon propos en adressant mes plus chaleureux remerciements à Madame Cathy Pomart, directrice du centre de recherche juridique de l'Université de La Réunion, Alice Clotagatide, coordinatrice PEIDD/SAOME[1], et au Docteur David Mette Président de la Fédération Française d'addictologie de la Réunion. C'est un très grand plaisir pour moi de participer à ce colloque qui permet de manière passionnante, une approche croisée sur la question des addictions aux stupéfiants.

La question de l'action de l'Etat en mer sur laquelle mon intervention a été sollicitée, peut sembler au premier regard un peu éloigné de la question de l'addictologie proprement dite, qui constitue le cœur de ce colloque. Ces problématiques sont pourtant profondément liées. Lutter contre le narcotrafic en mer, c'est tenter de régler le problème à la racine, en s'attaquant aux producteurs de substances psychotropes eux-mêmes. En cela, cette démarche répond pleinement à un objectif essentiel de santé publique.

« *La mer est un espace de rigueur et de liberté* ». Ces beaux mots, nous aurions pu les trouver au sommet du préambule d'une de nos conventions de droit de la mer, notamment celle de Montego Bay, souvent perçue comme une véritable Constitution de la Mer. C'est en réalité Victor Hugo qui les a prononcés, ce qui montre qu'avec un siècle d'avance, il avait déjà pressenti la part essentielle qu'allait prendre la question maritime dans la géopolitique du XXème siècle. En cela c'était un visionnaire. Avec l'essor de la mondialisation, la mer est devenue le vecteur essentiel des échanges économiques, mais cela a également contribué à en faire une zone de développements de nombreux trafics illicites, parmi lesquels le narcotrafic qui sera le cœur de mon intervention.

Dans un premier temps, je dresserai donc un panorama général du phénomène du narcotrafic en mer, et plus spécifiquement dans la zone sud de l'Océan Indien, puis des acteurs et de l'organisation institutionnelle permettant d'y répondre. Puis, je mettrai en exergue l'état du droit en la matière, mais

[1] Plateforme d'Echanges et d'Information Drogues et Dépendances Outre-Mer / Santé Addictions Outre-Mer.

principalement pour en souligner les lacunes et les insuffisances, notamment sur la question très sensible de la Haute Mer.

La lutte contre le narcotrafic en mer est devenue un enjeu essentiel de la problématique plus large de la prévention contre les substances psychotropes. Il est communément admis aujourd'hui qu'environ 90% de la production mondiale de drogue transite à un moment donné, et de manière non exclusive, par la mer. Cela comprend les eaux territoriales des différents Etats, mais surtout la Haute Mer qui apparaît bien souvent comme un espace de liberté, échappant à la souveraineté étatique, et donc au risque d'un contrôle structuré et organisé. Les échanges mondiaux liés aux stupéfiants sont ainsi particulièrement lucratifs puisqu'ils se situent par exemple devant le transit d'automobiles, ce qui témoigne de l'ampleur du phénomène.

Cette question recoupe des réalités très diverses. Selon les termes d'un rapport du Sénat de 1996 « *les narcotrafiquants dissimulent leurs précieuses marchandises aussi bien au fond des cales malodorantes de vieux cargos, que sous les acajous des yachts vernis et luxueux* »[2]. Lutter contre ce phénomène c'est donc s'attaquer à des cartels internationaux, disposant de moyens d'une grande modernité tels que des sous-marins de poche pratiquement indétectables par les sonars des frégates françaises ou des avions capables de parachuter des colis. C'est également s'attaquer à des trafiquants d'envergure plus modeste qui profitent intelligemment de ce marché juteux, et parfois même à des groupes plus précaires ne disposant que de moyens très rudimentaires. La guerre contre le trafic de substances psychotropes est donc une guerre de basse intensité, particulièrement difficile à mener.

Plusieurs aires géographiques constituent des zones stratégiques majeures dans ce combat. C'est notamment le cas de la mer des Caraïbes, par laquelle circule toute la cargaison qui provient des Etats d'Amérique latine et d'Amérique centrale, avant un point de passage par les Açores, et une diffusion via les grands ports européens. L'océan Indien apparaît également comme un axe essentiel dans la lutte contre le narcotrafic. L'Afghanistan est aujourd'hui à l'origine de 75% de la production mondiale d'héroïne, celle-ci transitant sans difficultés par des Pays comme le Pakistan et l'Iran qui détiennent des ports donnant directement sur l'Océan Indien, tels que Jiwani ou Chahabar. La voie maritime permet alors de rejoindre des destinations comme les Seychelles, Maurice, Madagascar ou les Comores qui ne sont pas terminales, mais qui peuvent constituer des zones de transit dans le but d'atteindre ensuite l'Europe. L'île de La Réunion apparaît alors comme un site très stratégique pour les acteurs de ce combat, du fait de son

[2] Rapport n° 19 (1995-1996) de Monsieur Jean-Marie GIRAULT relatif au trafic de stupéfiants en haute mer et portant adaptation de la législation française aux dispositions de l'article 17 de la Convention des Nations Unies.

positionnement idéal dans la zone sud de l'Océan Indien, et de la présence de la Marine nationale sur l'île.

Lutter efficacement contre le trafic de substances psychotropes implique de savoir mobiliser une pluralité d'acteurs. Au niveau national cela couvre à la fois les acteurs nationaux de la prévention contre les effets de la consommation de substances addictives, et les administrations qui luttent quotidiennement contre cette forme de délinquance, et les acteurs institutionnels de l'action de l'Etat en mer tels que le Comité interministériel de la Mer, le Secrétaire Général de la Mer qui jouent un rôle de coordination essentielle sous l'autorité de Matignon, et les préfets maritimes qui peuvent apparaître comme les gardien de la légalité en Mer. Ce sont également de nombreuses administrations qui doivent œuvrer en coopération : la gendarmerie maritime, les douanes et la Marine Nationale notamment pour la zone hauturière. La collaboration entre ces différents acteurs, et la capacité des différents services à partager les informations, ou même les bonnes pratiques, a progressivement connu des améliorations réelles, et fonctionne aujourd'hui efficacement. La création en 2008 d'une fonction « garde-côtes » constitue un tournant majeur, même si la France peut sans doute aller plus loin encore dans ce domaine, et on se heurte au problème de l'unification des moyens. Aux Etats-Unis, les « *coasts guards* » apparaissent ainsi comme une fonction dédiée, disposant d'un budget totalement autonome, et de surcroît considérable[3].

A La Réunion, l'organisation institutionnelle permet une collaboration étroite entre les services. Le Préfet détient la casquette de délégué du Gouvernement à l'action de l'Etat en mer, mais il est appuyé par un adjoint militaire qui est le Commandant de la zone sud Océan Indien, et qui a un lien de tutelle direct avec lui[4]. Cela permet une coopération très étroite et naturelle entre les moyens civils et les moyens militaires. A côté de cela, un amiral en poste à Abu Dhabi, commande la zone maritime océan Indien, et va coordonner sur le plan opérationnel, les actions de lutte contre le narcotrafic en Haute Mer. L'adjoint militaire du Préfet, officier de marine comme l'amiral commandant la zone maritime océan Indien, peut facilement jouer le rôle de « courroie de transmission » entre les deux acteurs français principaux de l'action de l'Etat en Mer dans la région, le Préfet et l'amiral commandant de zone. Cette organisation institutionnelle a encore récemment prouvé son efficacité puisqu'une frégate de

[3] M. CLODELTER, *Warfare and armed conflicts- A Statistical Reference to Casualty and Other Figures*, 1500-2000, McFarland and Company Enc.Publishers, 2e édition.
[4] Décret n°2005-1514 du 6 décembre 2005 relatif à l'organisation outre-mer de l'action de l'Etat en mer.

surveillance française, le Nivôse, a récemment intercepté un boutre contenant 130 kg d'héroïne[5].

Dans la lutte contre le narcotrafic, la difficulté majeure ne provient donc pas tant de l'organisation institutionnelle et de l'efficacité des moyens, que du cadre juridique lui-même, notamment dans la zone hauturière. En droit de la mer, les Etats se sont d'abord focalisés sur les questions de la sécurité des voies de navigation. La question de la lutte contre les nombreux trafics illicites n'est intervenue dans le débat public que dans un temps plus tardif. Pour ce qui concerne la question du trafic de stupéfiants, on peut dater les premières actions des pouvoirs publics au milieu des années 60, notamment avec la prise de conscience de l'existence des cartels internationaux de la drogue. Du côté des acteurs de la lutte contre les stupéfiants, le mouvement a plutôt consisté à identifier les produits dont la consommation était susceptible de présenter des dangers, puis à établir un cadre prohibitif. La problématique maritime est donc intervenue dans un temps plus tardif.

La Convention de Montego Bay de 1982, texte phare du droit international de la Mer, se saisit pour la première fois de cette question. L'article 108 de cette convention pose ainsi la lutte contre le trafic de substances psychotropes comme un objectif essentiel, qui doit être constamment poursuivi par l'Etat parti[6]. Pour importante qu'elle soit, cette affirmation reste de l'ordre de la déclaration d'intention. Ce dispositif reste soumis à la loi du pavillon, qui induit qu'en zone hauturière, où par définition aucune loi territoriale ne s'applique par principe, aucune intervention sur un navire ne peut être menée sans l'accord préalable de l'Etat du pavillon du navire, excepté par ce Pays lui-même. Bien souvent l'efficacité de la lutte contre cette forme de délinquance se heurtait à la complexité de la procédure d'intervention, qui implique nécessairement des pourparlers entre les ambassades, ou à la souveraineté étatique. La Convention elle-même n'a pas été jusqu'au bout de sa logique, puisque l'article 110 dresse une liste d'infractions pour lesquelles les Etats peuvent arraisonner un navire préalablement à la demande d'intervention[7]. Parmi les chefs d'inculpations, sont notamment visés,

---

[5] M. FIEVET, « Océan Indien : 510 kilos d'héroïnes saisis lors de l'opération Shirikisho », *Aviseur international*, https://ns55dnred.wordpress.com/2016/06/04/ocean-indien-510-kilos-d'heroine-saisis

[6] Selon les termes précis du premier alinéa de l'article 108 de la Convention sur le droit de la Mer signée à Montego-Bay le 10 décembre 1982 : « *Tous les Etats coopèrent à la répression du trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes auquel se livrent, en violation de Conventions Internationales, des navires naviguant en Haute Mer* ».

[7] L'article 110 de la Convention de Montego-Bay précitée prévoit explicitement un droit de visite pour ces infractions : « *Sauf dans les cas où l'intervention procède de pouvoirs conférés par traité, un navire de guerre qui croise en haute mer un navire étranger, autre qu'un navire jouissant de l'immunité […]ne peut l'arraisonner que s'il a de sérieuses raisons de soupçonner que ce navire se livre à la piraterie, se livre au transport d'esclaves, sert à des émissions non*

la piraterie, le trafic d'esclaves, l'absence de nationalité et les émissions radioélectriques prohibées. En revanche, il n'est nullement fait mention du trafic de stupéfiants. Si la Convention de Montego Bay, constitue une véritable rupture en ce qu'elle marque une volonté véritable de la Communauté internationale de se saisir de la question de la lutte contre les trafics illicites en Mer, la problématique du narcotrafic n'y est traitée qu'à la marge.

La Convention de Vienne va améliorer sensiblement les choses, et constitue aujourd'hui le texte de référence en matière de lutte contre les trafics de substances psychotropes en mer. L'article 17 renforce ainsi les possibilités d'intervention en prévoyant une action légitimée pour « *motifs raisonnables* »[8]. Il améliore surtout le dispositif de coopération entre les Etats signataires de ce texte, en posant le principe d'une autorisation qui doit être donnée « sans retard »[9]. Or, ceux-ci sont très nombreux, et ont eux-mêmes eu à cœur de donner un plein effet opérationnel à ce mécanisme. En France nous avons très avantageusement transposé ce texte dans notre législation nationale, dans une loi du 29 avril 1996, que l'on appelle communément la loi « *article 17* », ce qui montre la portée centrale de ce dispositif. Ce texte donne aux commandants des navires de la marine nationale, dûment désignés par décret portant attribution de commandement, des prérogatives comparables à celles d'un officier de police judiciaire notamment en termes de perquisitions et de saisies des stocks[10]. Deux lois de 2004, et de 2011 ont enrichi le texte sans en modifier l'esprit. Le dispositif « *article 17* » français est beaucoup plus performant que celui de nombre d'autres Etats parti à la Convention de Vienne, puisque certains Pays sont encore contraints d'embarquer à bord des policiers pour pouvoir mener des opérations de police judiciaire. La mise en œuvre de l'article 17 de la Convention de Vienne, est donc d'emblée apparu comme un enjeu important pour les autorités françaises, et ce dispositif de coopération renforcée a pu prouver son efficacité récemment dans l'affaire du Cargo Junior, un navire battant pavillon panaméen, qui avait été intercepté au large des côtes guinéennes. Dans cette affaire, le Panama avait fait montre d'une réactivité impressionnante, permettant l'arraisonnement rapide de

autorisées, est sans nationalité […], ou a en réalité le même pavillon que le navire de guerre bien qu'il batte pavillon étranger ou refuse d'arborer son pavillon. ».

[8] Article 17 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, signée à Vienne le 20 décembre 1988.

[9] Selon les termes précis de l'article 17 précité « *L'Etat du pavillon peut notamment autoriser l'Etat requérant à arraisonner le navire, à visiter le navire, si des preuves de participations à un trafic illicite sont découvertes, prendre les mesures appropriées à l'égard du navire, des personnes qui se trouvent à bord et de la cargaison* ».

[10] L'article 1 de la loi du n°96-359 du 29 avril 1996, relative aux modalités de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de police en mer, modifie en la matière l'article 1 de la loi n°94-589 du 15 juillet 1994, relative aux modalités de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de police en mer.

ce navire transportant 32 tonnes de cocaïnes[11], et surtout avait très rapidement renoncé à son droit de juridiction au profit du parquet général de Rennes. Le mécanisme de l'autorisation sans retard a donc particulièrement bien fonctionné.

Si la Convention de Vienne a permis une amélioration sensible des dispositifs de l'action de l'Etat en mer dans la lutte contre le trafic de stupéfiants, elle ne résout pas l'ensemble des difficultés en la matière. Les effets bénéfiques de ce texte sont en réalité neutralisés par les insuffisances de la Convention de Montego Bay, et notamment par l'application de la loi du pavillon. Les trafiquants savent d'ailleurs l'utiliser avec une certaine habileté, n'hésitant pas à privilégier dans le choix de leur nationalité des Etats qui ne sont pas partis à la Convention de Vienne, ou avec lesquels le mécanisme de coopération mis en place par l'article 17 de cette dernière, ne fonctionne pas ou s'effectuera avec difficultés faute d'accords bilatéraux. Il faut donc s'interroger sur l'opportunité d'une application trop stricte du principe de la loi du pavillon, dans le domaine spécifique de la lutte contre le narcotrafic. Plusieurs dérogations à ce principe ont pourtant été admises. D'abord par la Convention de Montego Bay elle-même dans le domaine de la lutte contre la piraterie. L'ONU a ensuite admis que l'on puisse s'en écarter dans le domaine de la pêche, sur la question sensible des stocks de poissons chevauchants[12]. Dès lors, et compte tenu de l'ampleur prise par le phénomène, il semble être temps de se poser la question d'une révision profonde de notre dispositif juridique international en matière de lutte contre le narcotrafic.

Une autre source de complexité réside dans l'application du « privilège de juridiction », qui confère également à l'Etat du pavillon du navire, l'apanage de la compétence pour juger d'éventuelles infractions pénales commises dans la zone hauturière. L'Etat dispose évidemment de la faculté de renoncer à ce droit, et c'est l'esprit de la Convention de Vienne, mais il n'y est pas juridiquement contraint. Si, ce principe qui est un prolongement logique de la loi du pavillon, est parfaitement compréhensible sur le plan du respect de la souveraineté étatique, sa mise en œuvre s'avère particulièrement complexe. Elle se heurte d'abord à l'obstacle de l'existence d'une convention d'extradition entre les Etats, leur absence ayant pour effet de rendre théoriquement impossible l'exercice des

[11] Le cargo Junior a été arraisonné au large des côtes guinéennes par le bâtiment de projection et de commandement Tonnerre, après une autorisation rapidement donnée par le Panama. Cet Etat ayant spontanément renoncé à son droit de juridiction, l'armateur et les membres de l'équipage du navire ont finalement été renvoyés au terme d'une longue procédure devant la Cour d'Assises spéciales de Rennes compétentes en la matière, et condamnés à des peines allant de 12 à 22 ans de réclusion criminelle.

[12] Accord aux fins d'applications des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la Mer du 10 décembre 1982 sur le droit de la Mer [NB : Convention de Montego-Bay] relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà des zones économiques exclusives (stocks chevauchants), et des stocks de poissons grands migrateurs.

poursuites judiciaires. Leur existence ne résout pas tous les problèmes, puisque ce n'est souvent qu'au terme de longs pourparlers entre les ambassades concernées, que la procédure ne pourra parvenir à son terme et aboutir à la traduction des prévenus devant une juridiction. Cela paraît souvent peu compatible avec l'impératif de célérité de la justice consacré à la fois au niveau international et européen. Là encore, il peut paraître opportun d'assouplir notre dispositif juridictionnel en la matière. L'article 105 de la Convention de Montego Bay reconnaît une compétence juridictionnelle universelle en matière de piraterie[13]. L'efficacité de la lutte contre le trafic de substances psychotropes gagnerait à l'extension d'un tel dispositif.

Le problème de la détention en mer demeure également un « nœud gordien » difficilement soluble. Le délai qui va séparer l'arraisonnement du navire, et la traduction des trafiquants présumés devant un juge sera nécessairement très long puisque les opérations interviennent en zone hauturière, et qu'il faut pouvoir atteindre le port base du bâtiment qui aura procédé aux opérations. Or, la procédure française limite, à l'exception des cas de terrorisme, la durée de la garde à vue à 48 heures, et impose que toute mesure restrictive de liberté soit prononcée après déferrement du suspect devant un juge de la liberté et de la détention au terme d'une procédure contradictoire. Cette problématique a été placée au cœur du débat juridique, dans l'affaire très médiatisée du Winner, un cargo battant pavillon cambodgien, qui avait été arraisonné par les juridictions françaises au large du Cap-Vert. Dans cette affaire, le Cambodge qui n'est pourtant pas parti à la Convention de Vienne a immédiatement donné son accord à l'arraisonnement du navire, et accepté de renoncer simultanément à son droit de juridiction. La problématique vient donc exclusivement de la durée de la détention à bord, treize jours, avant que les trafiquants présumés puissent être effectivement placés en garde à vue, et déférés à un juge. Les justiciables ont donc saisi la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), sur le fondement du droit à la sûreté qui prohibe toute détention sans le consentement préalable d'un juge. Si, dans ce cas d'espèce, la CEDH[14] a admis que le long délai avant la procédure de déferrement était justifiée au regard de l'éloignement des côtes, elle a aussi souligné que le cadre juridique national n'offrait pas les garanties juridictionnelles suffisantes, rappelant que le procureur n'était pas une autorité judiciaire au sens que la jurisprudence de la CEDH entend donner à ce terme, et soulignant la nécessité d'adapter notre cadre juridique en faisant intervenir le juge de la liberté et de la détention[15].

[13] Pour des informations plus complètes voire notamment P. CHAPLEAU et J.-P. PANCRACIO, *La piraterie maritime. Droit, pratique et enjeux,* Vuibert, 2014 pp. 27 et s.
[14] CEDH, G.C. 29 mars 2010, Medvedyev et autres contre France, req n°3394-03.
[15] N. HERVIEU, « Affaire du Winner : La Cour Européenne esquive la question du statut du procureur de la République », *CDPH,* 2010.

Le cadre juridique international et national de l'intervention de l'Etat en mer dans la lutte contre le narcotrafic demeure donc incertain. Dans un contexte où l'existence d'un véritable droit à la sauvegarde maritime est de plus en plus affichée comme une priorité par de nombreuses organisations internationales, l'enjeu est pourtant de taille. Le renforcement des moyens mis en œuvre et du cadre juridique apparaît comme une nécessité. Elle ne doit pourtant pas dispenser d'un travail à la racine, le développement de la culture de drogue intervenant fréquemment en marge de situations de crises étatiques. L'illustration afghane est probante. Ce n'est qu'à ce prix que l'objectif de santé publique poursuivi pourra être atteint.

Approche du droit comparé dans la zone océan Indien – L'exemple du droit mauricien

Johan MOUTOU-LECKNING

Adjointe au Directeur des Poursuites Pénales

Île Maurice

Introduction

L'île Maurice n'a pas été épargnée de l'aspect dévastateur des stupéfiants et du trafic des drogues. Si le Cannabis et l'héroïne restent les deux principales drogues illicites consommées dans le pays, l'utilisation des drogues synthétiques gagne rapidement du terrain. Ces drogues qui sont fabriquées avec des produits chimiques afin de contourner les législations existantes constituent une vraie menace pour nos jeunes concitoyens. La lutte contre le narcotrafic est une priorité du Gouvernement Mauricien qui, à travers la Police (*L'ADSU*) et la douane (*Mauritius Revenue Authority*), s'est donné pour mission d'éradiquer et de démanteler tous les réseaux de drogues existants et futurs de la société mauricienne.

D'après le « *National Drug Observatory Report Août 2016* », le nombre d'arrestations pour les infractions de drogue s'élève à 825, notamment 609 arrestations (74%) pour possession de drogue et 199 (24%) pour les médicaments. Les 2% restants d'infractions ont trait à l'importation de drogues et le blanchiment d'argent.

En ce qui concerne les saisies de drogues illicites par la douane[1], elles s'élèvent à 167 kg de drogue (soit 10 doses par habitant en 2017).

La saisie de 40 kg de drogue à l'Ile de La Réunion en 2016 et l'arrestation de Navind Kisnah au Mozambique en avril 2017 nous ont démontré le renforcement de la coopération régionale dans la zone océan Indien.

Afin de lutter efficacement contre le fléau grandissant, une Commission d'enquête sur le trafic de drogue, présidée par l'ancien juge Mr Paul Lam Shang Leen a été instituée en 2015 par le présent Gouvernement. Le mandat de la Commission est d'enquêter sur tous les aspects du trafic de drogue à l'Ile Maurice afin de cerner l'ampleur et l'étendue de la consommation, le trafic illicite et leurs conséquences économiques et sociales. La Commission est également chargée

[1] *Mauritius Revenue Authority.*

d'enquêter sur les liens entre le trafic de drogue, le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et autres crimes.

I.- Les conventions internationales

L'île Maurice est signataire des conventions des Nations Unies sur le contrôle des drogues, notamment la Convention sur les Stupéfiants de 1961 et la Convention contre le Trafic illicite de Stupéfiants et de Substances Psychotropes de 1988.

Maurice a également ratifié la Convention sur le Crime Organisé transnational en 2000 ainsi que le protocole de contrôles des drogues de la SADC.

II.- Brève évolution historique

Notre pays a été confronté à la question de la drogue au cours de ses dernières décennies. Le trafic de drogue a commencé avec l'évènement de la colonisation française qui emmena avec elle la culture et la tradition des immigrants indiens, le cannabis. Les immigrants chinois ont, eux, apporté l'opium.

Afin de respecter les exigences de la Convention internationale sur l`opium, l'ordonnance sur le « *Dangerous Drugs de 1934* » a vu le jour. L'objectif de cette ordonnance était de réglementer l'importation, l'exportation, la fabrication, la vente et l'utilisation de l'opium et d'autres drogues dangereuses.

Pendant les années 70, quelques jeunes mauriciens se sont essayés aux nouvelles drogues comme le Mandrax et autres hallucinogènes. Une autre forme d`héroïne connue sous le nom de « *Brown Sugar* » a fait son apparition.

Le « *Dangerous Drugs Act 1974* » a donné effet aux dispositions de la Convention unique sur les stupéfiants de 1973 à laquelle Maurice a adhéré, mais il a aussi consolidé la loi sur la drogue afin de répondre aux exigences modernes.

La problématique de la drogue a atteint un point culminant vers les années 80. A cette époque, le crack (cocaïne) faisait des ravages parmi les adolescents aux Etats-Unis. Le Gouvernement d`alors a mis sur place une Commission d'enquête sur les drogues présidée par Sir Maurice Rault en 1986.

Les recommandations de la Commission Rault ont abouti à la promulgation du « *Dangerous Drugs Act de 1986* ». Les principaux changements proposés étaient :

i. *l'infliction d'amendes plus élevées et de peines d'emprisonnement ;*

ii. l'infliction de la peine de mort dans le cas de trafiquants ;

iii. une clause de saisie et de confiscation ;

iv. une présomption de possession ;

v. une disposition prévoyant une enquête sur les gains et les possessions des trafiquants.

Malgré les mesures sévères contenues dans cette loi de 1986, il est vite apparu que ces dispositions n'étaient pas suffisantes pour éradiquer le problème de la drogue et pour contrer les activités des barons de la drogue sans scrupule.

En conséquence, en novembre 1995, le « *Dangerous Drugs Act 1995* » a été adopté pour permettre à un meilleur contrôle des drogues dangereuses, le traitement de la toxicomanie et la prévention du trafic de drogue et du blanchiment d'argent à Maurice.

Le cadre législatif a été constamment surveillé pour relever les défis des nouveaux modes de consommation de drogue. Le « *Dangerous Drugs Act de 2000* » a été promulgué en ayant pour objectif de détecter et de réprimer les trafiquants de drogue, de restreindre la liberté sous caution dans les cas graves de trafic de stupéfiants, de saisir en temps voulu les biens et avoirs et d'empêcher le blanchiment d'argent des délinquants toxicomanes. Les pouvoirs des organismes chargés de l'application de la loi ont été renforcés non seulement pour mieux contrôler l'importation, le transit, la fabrication de drogues dangereuses mais aussi pour enquêter et poursuivre les auteurs d'infractions liées à la drogue.

III.- Le blanchiment d'argent

Maurice a pris ses premières mesures de lutte contre le blanchiment d'argent en 1995 avec l'adoption du « *Dangerous Drugs Act* » en 1995. Cette loi érige en infraction pénale le blanchiment d'argent lorsque l'infraction principale est liée aux délits liés à la drogue. Le pays a ensuite adopté l'« *Economic Crime and Anti – Money Laundering Act 2000* » (ECAMLA) qui a ensuite été remplacé par le « *Financial Intelligence and Anti-Money Laundering Act 2002* » (FIAMLA).

Le FIAMLA et le DDA prévoient une série de mesures provisoires et de confiscations, mesures permettant aux autorités d'attacher et, sur déclaration de culpabilité, de retirer des biens illicites des mains des criminels. En vertu de ces deux lois, l'île Maurice a placé le fardeau de la preuve sur les condamnés pour établir que ses biens ne sont pas les produits de la criminalité. En 2011, l'« *Economic and Financial Measures (Miscellaneous Provisions) Act* » fut adopté pour élargir la définition de l'institution financière pour lutter efficacement contre le blanchiment d'argent. « *L'Asset Recovery Act* » qui concerne le recouvrement des avoirs fut promulgué en 2011.

Autres modifications apportées au *Dangerous Act* de 2000

Les dernières modifications apportées au « *Dangerous Drugs Act de 2000* » en 2003 et 2004, 2007 et 2008, ont renforcé définitivement les mesures visant à traquer les trafiquants de drogue et à confisquer leurs biens. En outre, les magistrats peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire avec le consentement des toxicomanes condamnés afin de les envoyer dans des centres de traitement désignés pour la désintoxication et à la réhabilitation au lieu d'une peine privative de liberté sous la section 34(2) du DDA.

Le « *Dangerous Drugs (Institutions) Regulations 2005* » a modifié la liste des centres de réadaptation responsables de tels traitements, éducation, soins après la réhabilitation ou la réintégration sociale.

IV.- Les différentes infractions prévues par le « *Dangerous Drugs Act 2000* »

La loi fait une distinction entre les différentes infractions allant de la simple possession, à la tentative de possession de drogue, mais elle vise aussi l'achat, la vente, la fourniture, le transport, la distribution, l'offre d'achat, l'offre de vente, l'offre de transport ou l'offre de distribution.

Il y a une présomption de possession et, normalement, les cas de possession de drogue sont jugés devant les Cours de District, devant la Cour Intermédiaire ou les Assises selon la gravité et la nature de l'infraction. Les personnes condamnées pour possession de drogue sont passibles d'une amende de 50,000 roupies, ou une peine d'emprisonnement n'excédant pas deux ans et peuvent être placées dans des centres de réhabilitation.

« *The Criminal Procedure (Amendment) Act 2007* » prévoit que toute personne reconnue coupable d'une infraction liée à la drogue à Maurice, qu'il s'agisse d'assister, d'encourager, de conseiller ou de toute autre infraction en

matière de drogue est condamnée à une amende n'excédant pas 2 millions de roupies avec servitude pénale pour une durée n'excédant pas 60 ans, lorsqu'il est avéré et prouvé que, eu égard à toutes les circonstances de l'affaire, la personne était un trafiquant de drogue en vertu de la section 29 ou 30 du « *Dangerous Drugs Act* ».

S'agissant des circonstances aggravantes prévues sous la section 41 du *Dangerous Drugs Act*, « *le Dangerous Drugs Amendment de 2008* » a prévu des sanctions plus sévères pour les infractions de drogue en doublant les peines.

Les infractions sérieuses sont débattues devant les Assises de drogue (qui sont une branche de la Cour Suprême) avec un seul juge et sans les jurés. S'il est avéré et prouvé que, eu égard à toutes les circonstances de l'affaire, la personne était un trafiquant de drogue, la Cour d'Assises est compétente pour infliger une amende n'excédant pas 2 millions de roupies avec une servitude pénale pour une durée n'excédant pas 60 ans.

V. Les nouvelles substances psychoactives (NPS)

L'évolution du processus de fabrication illicite des substances synthétiques pose de nouveaux défis aux autorités de contrôle de drogues à Maurice.

Si, au cours de la dernière décennie, le cannabis (gandia), l'héroïne, la buprénorphine (Subutex) et autres substances psychotropes (sédatifs et tranquillisants) ont été les quatre drogues les plus consommées dans le pays, depuis 2013, le marché des stupéfiants a vu l'émergence de dérivés du cannabis, dits « *cannabinoïdes* » ou dans le jargon populaire « *drogues synthétiques* ».

En 2017, le nombre de cas liés aux drogues synthétiques devrait atteindre de nouveaux sommets car les indicateurs démontrent qu'en six mois, 217 cas ont été enregistrés et 223 suspects arrêtés. Les données indiquent également que la « *drogue synthétique* » qui se décline sous plusieurs noms comme le crack, Black Mamba, Blueberry, entre autres est très prisée des jeunes en raison de son prix peu élevé.

Mais au regard de la multiplication des drogues de synthèse, le législateur a finalement inséré en 2013 et 2015 de nouveaux règlements promulgués en vertu de l'article 60(2) (b) de la « *Dangerous Drugs Act* » pour y inclure la terminologie « *Synthétique Cannabinoids and their deratives* »[2].

[2] *Dangerous Drugs (Amendment of Schedule) Regulations 2013 et le Dangerous (Amendment of Schedule) Regulations 2015.*

VI.- Les autres législations prévues pour lutter et contrôler, l'offre et la demande des drogues dangereuses

Les autres législations prévues pour lutter et contrôler, l'offre et la demande des drogues dangereuses sont :

– le « *Pharmacy Act de 1983* », qui règlemente l'importation, la fabrication, la vente et la distribution de produits pharmaceutiques ainsi que la profession et le commerce des médicaments ;

– le « *Dangerous Chemicals Control Act 2004* », qui institue un contrôle des produits chimiques dangereux et vise à prévenir les dommages à la santé et l'environnement causés par des produits chimiques dangereux afin d'assurer une meilleure protection des travailleurs, du public et de l'environnement ;

– le « *HIV and AIDS Act* », dont la portée sera envisagée plus en détail par mon confrère Maître Akil Bissessur ;

– le « *Road Traffic Act* » (RTA), l'usage de drogues pouvant avoir un effet dramatique sur le jugement, la perception et les habiletés motrices du conducteur ; son article 123 E constitue la seule disposition législative de notre droit, réprimant la conduite sous l'emprise de la drogue (elle a été modifiée par la loi n° 23 de 2016.

L'article 123 E du RTA fait mention de la conduite ou de la prise en charge d'un véhicule à moteur sous l'influence de boissons alcoolisées ou de drogues ; la personne qui commet cette infraction est passible d'une amende d'au moins 20.000 roupies et au plus de 50.000 roupies ainsi que d'un emprisonnement n'excédant pas cinq ans.

La police n'a cependant pas d'équipement de détecteur de drogue pour établir ce type d'infractions au cours de l'arrêt et l'exercice de recherches. Il n'existe pas de statistiques non plus s'agissant du *Traffic Branch*, pour ces infractions, étant donné que ce type de contravention n'a jamais été établi jusqu'à présent.

Toutefois si pendant un contrôle de véhicule le conducteur est soupçonné d'être sous l'influence de drogue, il est emmené à l'hôpital pour une prise de sang et doit faire parvenir l'échantillon de sang au FSL avec mention sur le formulaire de demande de recherche pour les drogues et non pas pour l'alcool. Si les résultats des analyses de sang sont positifs, le conducteur est passible de poursuite en vertu de l'article 123 E du « *Road Traffic Act* ».

VII.- La décriminalisation ou la légalisation des drogues à Maurice

Une étude de l'ONG PILS en 2015 sur « *l'image et la perception des drogues à l'île Maurice* » a démontré que la drogue est un sujet très tabou et il existe un consensus au sein de la population sur sa prolifération. Toutefois il n'y pas de consensus sur la décriminalisation des drogues à l'Ile Maurice : Seules 45% des personnes interrogées sont pour un changement de statut des toxicomanes criminels en vue de les considérer davantage comme des malades devant être soignés.

Table-ronde 4

Le renforcement de la coopération régionale en termes de lutte, d'harmonisation des droits et de prise en charge

Jean-Pierre COUTERON

Psychologue clinicien, Président de la Fédération Addiction

Cédric Gustave DODIN

Juge à la Cour suprême des Seychelles

Rehnu GOWRY-BHURRUT

Principal State Counsel, Bureau du Directeur des poursuites pénales mauricien

Mathilde LECHAUVE

Commissaire de police, Direction départementale de la sécurité publique de La Réunion

Bruno MESLET

Conseiller médical Agence Régionale de Santé - Océan Indien

Brian TOURRE

Chargé de mission MILDECA à la Préfecture de Mayotte

Représentant du sous-préfet de Mayotte

Parler de coopération régionale c'est envisager une coopération entre les principaux pays de l'océan Indien occidental à savoir Les Comores, Les Seychelles, Madagascar, l'Ile Maurice, Mayotte et La Réunion. Il s'agit d'une zone géographique particulière car essentiellement maritime.

Il y a forcément des échanges entre ces divers pays, échanges de personnes – parfois toxicomanes – qui circulent d'une île à l'autre, échanges de stupéfiants au travers des trafics. Il existe donc un double enjeu. En premier lieu, assurer aux personnes aux conduites addictives qui circulent dans la zone la meilleure prise en charge par une harmonisation de la réduction des risques et des législations pénales concernant l'usage de stupéfiants. En second lieu, construire une coopération entre les divers services de police / gendarmerie / douanes des pays de la zone afin de lutter contre les trafics de la manière la plus efficace qui soit.

Il est question de faire travailler ensemble des pays différents pour construire une coopération régionale sur la problématique des addictions. A l'évidence plusieurs questions se posent : quelles sont les difficultés à appréhender et éventuellement comment les résoudre (I) ? Comment faire, comment penser cette coopération et dans quel cadre construire un réseau (II) ?

I.- Quelles difficultés à appréhender et comment les résoudre ?

Renforcer la coopération entre les Etats pour assurer une meilleure prise en compte des personnes aux conduites addictives mais également pour lutter contre les trafics se heurte à certaines difficultés de plus ou moins grande ampleur.

D'une part, les systèmes juridiques / judiciaires / législatifs des différents pays de la zone ne sont pas identiques (A) et, d'autre part, certaines questions diplomatiques peuvent venir freiner les tentatives de coopération (B).

A.- L'existence de différences entre les législations des pays de la zone en matière de lutte contre le trafic et l'usage de stupéfiants

De culture anglophone pour certains, de culture francophone pour d'autres, les pays de la zone connaissent des différences quant au cadre des enquêtes policières et des procédures judiciaires (1) et des différences quant à l'appréhension judiciaire des addictions (2).

1 – Différences quant au cadre des enquêtes policières et des procédures judiciaires

Les forces de l'ordre, police et gendarmerie, participent à la coopération régionale au travers de la Commission de l'Océan Indien[1] au sein de laquelle quelques dispositifs se sont mis en place.

La coopération la plus évidente est la coopération opérationnelle c'est-à-dire la coopération en termes de formation ou d'entraînement des forces avec des échanges de policiers, de gendarmes ou douaniers réunionnais qui vont dans des pays de la zone et vice-versa. Des échanges commencent également à se faire - et c'est une volonté politique de part et d'autre -, en termes d'informations. Le mot « information » est important parce qu'il s'agit de quelque chose qui n'est pas vérifié à la différence du « renseignement judiciaire » qui est quelque chose d'avéré. C'est une coopération « facile » car il n'y a pas de lien d'autorité, de risque de déperdition, d'intervention dans les enquêtes.

Nous sommes actuellement au stade de la communication informelle (sans que ces échanges ne s'inscrivent nécessairement dans des procédures). S'agissant de la coopération en termes de lutte contre les trafics de stupéfiants, même si une volonté de collaborer plus en amont existe, la limite - atteinte pour le moment - est le respect de la différence des systèmes procéduraux et/ou des systèmes d'enquêtes policières qui ne fonctionnent pas de la même façon.

Pour ne donner que quelques exemples :

– le fonctionnement sur les délais de garde à vue, sur les délais de procédure, sur le suivi des enquêtes dans chaque pays de la zone n'est pas identique ;

– les règles quant aux modalités d'arrestation, aux modalités de détention que ce soit pour les gardes à vue ou pour la détention provisoire en attendant un procès, etc. peuvent varier ;

– il existe une obligation, pour les enquêteurs français, policiers ou gendarmes, quand ils interviennent, de toujours agir sous l'autorité du procureur de la République ;

– il existe une distinction entre les pays de la zone qui « disposent » d'un juge d'instruction et ceux qui ne connaissent pas cette institution.

[1] La COI est une organisation intergouvernementale réunissant cinq pays de l'océan Indien - Maurice, Madagascar, l'Union des Comores, Les Seychelles, La Réunion/France -.

Dès lors, à partir du moment où on intervient dans une procédure judiciaire, on doit nécessairement passer par la coopération internationale qui est assez normée et donc passer par une demande d'entraide internationale.

Même l'échange de renseignements reste difficile.

Ainsi, par exemple, l'interpellation de personnes à l'Ile Maurice puis l'identification du réseau sur La Réunion, et inversement, posent des difficultés.

De même, lorsqu'un policier français / réunionnais donne un enseignement à un policier mauricien, il va obligatoirement – en application du droit mauricien - être cité à comparaître devant le tribunal ce qui pose tout de suite un problème de politique étrangère avec tous les risques que cela peut entraîner.

Remarques / recommandations / propositions du public ou des intervenants de la table-ronde :

S'est tenue aux Seychelles, il y a deux ans, sous l'égide de l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDC), une réunion rassemblant des procureurs, des juges et des experts en matière de conseil juridique de certains pays de la zone de l'Afrique du Sud. Le but de cette rencontre a été de regrouper les praticiens du droit pour partager des informations, établir un système d'échanges de renseignements, travailler pour harmoniser les lois, promouvoir la formation des enquêteurs, s'engager avec d'autres acteurs qui participent déjà à la lutte contre les stupéfiants.

L'idée serait de créer un réseau similaire pour la région océan Indien dans le cadre de la Commission de l'Océan Indien. Il s'agirait de rassembler les juristes - procureurs, présidents de cours, avocats - afin qu'ils puissent travailler et partager des informations liées aux trafics de stupéfiants mais également échanger sur leurs procédures et institutions pénales respectives afin que chacun comprenne mieux le système judiciaire des autres. Dans la zone océan Indien, il existe un modèle qui a fait ses preuves aux Seychelles : *le Regional center of intelligence coordination for anti piracy*. Ce centre régional permet aux juristes de la région de travailler sur le crime maritime, surtout la piraterie. Il pourrait être intéressant de s'en inspirer.

2 – Différences quant à l'appréhension judiciaire des addictions

Chaque pays de la zone montre une approche judiciaire des addictions plus ou moins répressive ou plus ou moins sanitaire et réhabilitante faisant des usagers tantôt des délinquants à sanctionner, tantôt des malades à soigner et réinsérer. Ainsi, on constate que :

– les peines encourues pour usage de stupéfiants peuvent être particulièrement strictes dans certains Etats et beaucoup plus « douces » dans d'autres[2] ;

– il peut exister ou non, selon les Etats, des mesures alternatives aux poursuites, prenant en compte la spécificité de la personne toxicomane[3] ;

– dans un but sanitaire mais également de réinsertion et de réadaptation, peuvent parfois être prononcées des mesures alternatives à l'incarcération (suivi d'un traitement approprié ou de soins thérapeutiques, ou encore paiement d'une amende ou exécution d'un travail d'intérêt général)[4] ; de telles mesures n'existent pas dans tous les Etats, et même lorsqu'elles existent au sein du *corpus* juridique, elles ne sont pas nécessairement appliquées[5] ;

---

[2] Quelques exemples :
– à Madagascar, les peines vont de 5 à 10 ans d'emprisonnement (art. 115 de la loi de 1997) ;
– en France « *l'usage illicite de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants est puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende* » (art. L.3421-1 du Code de la santé publique) ;
– à l'Ile Maurice l'usage de stupéfiant est réprimé par une amende de 50 000 roupies ou d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas deux ans (Dangerous Drugs Act 2000 ; voir J. MOUTOU-LECKNING, « Approche du droit comparé dans la zone Océan Indien - Exemple du droit mauricien », *ce colloque*).

[3] Quelques exemples :
– en France il existe des alternatives aux poursuites en acceptant de faire un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de stupéfiants ou encore en acceptant de se soumettre à une injonction thérapeutique ;
– aux Seychelles *« une personne raisonnablement soupçonnée par un officier d'être en possession d'une drogue contrôlée ou d'une plante de cannabis en quantité infime indiquant que la drogue est destinée à sa consommation personnelle, peut être formellement averti conformément au présent article comme alternative à la poursuite* » (section 41, Misuse of Drugs Act, 5 avril 2016, diaporama de M. Cedric Gustave GODIN).

[4] Quelques exemples :
– aux Seychelles, lorsqu'un individu assume la pleine responsabilité de ses actes, il « *ne doit pas être stigmatisé en tant que délinquant* » et *« un utilisateur de drogue de cette catégorie ne devrait pas être condamné par la cour ou si il est condamné il ne devrait pas être condamné à l'emprisonnement à moins que la cour soit convaincu qu'il n'y a pas d'autre alternative à l'emprisonnement* » ; la cour peut ainsi envisager « *l'accès à tous les programmes disponibles de traitement, d'éducation, de réhabilitation et de réinsertion sociale requis* » (section 38, Misuse of Drugs Act, 5 avril 2016, diaporama de M. Cédric Gustave GODIN) ;
– en France les décisions de justice peuvent comporter une obligation de soins dans le cadre du sursis probatoire.

[5] Au cours de la table-ronde 2, il a été mentionné qu'à Madagascar les usagers peuvent encourir une peine allant de 5 à 10 ans d'emprisonnement mais que le tribunal pouvait proposer en « *remplacement ou en complément un traitement ou des soins appropriés* » (art. 115 de la loi de 1997) mais que la seconde alternative n'était pas appliquée.

– il peut arriver qu'une substance soit autorisée dans un Etat et pas ailleurs. Cette éventualité se présente souvent avec l'apparition de nouveaux produits de synthèse – et on pense à la « chimique » – mais également avec des produits pharmaceutiques tel le « *subutex* » par exemple, autorisé en France où il est délivré sur ordonnance, mais interdit car considéré comme un stupéfiant à l'Ile Maurice[6].

Ces différences de régimes juridiques et les diverses approches des produits stupéfiants ont nécessairement des répercussions sur la réduction des risques[7].

Ceci est d'autant vrai plus que la mise en place de cette dernière – mise en place des traitements de substitution aux opiacés ou des programmes de libéralisation de l'accès aux seringues par exemple – ne s'est pas fait avec la même ampleur et à la même vitesse dans chaque Etat de la zone. Une telle situation n'est pas propre aux pays de la zone océan Indien. Elle s'est rencontrée au sein de la Communauté européenne, chaque Etat européen ayant une approche plus ou moins avancée de la réduction des risques. A l'époque, ces différences se sont révélées, de manière très pratique, en cas de circulation des voyageurs à travers l'Europe et c'est petit à petit qu'il a fallu aménager des solutions.

La question est de savoir maintenant comment harmoniser les différentes approches judiciaires des addictions dans la zone, comment faire pour que lutte contre les addictions et prise en compte de la réduction des risques « travaillent » ensemble, sans tout changer ni brusquer personne.

Remarques / recommandations / propositions du public ou des intervenants de la table-ronde :

Il faut un travail de réflexion autour des différentes législations mais, pour avancer, il faut se poser les questions ensemble, à la fois soignants mais aussi praticiens du droit. Pour cela, il faut du temps pour réfléchir sur les différences en termes de droit pénal de fond (*qu'est-ce qu'un stupéfiant ? qu'est-ce qu'on réprime : l'usage ? le trafic ?*) et un temps aussi pour réfléchir sur la procédure.

On ne peut pas faire l'économie d'une réflexion collégiale pour aborder ensemble de manière satisfaisante un vrai réseau efficace sur la zone océan Indien qui devrait aller progressivement dans le même sens.

---

[6] Les personnes qui introduisent ce produit à l'Ile Maurice encourent jusqu'à 60 ans d'emprisonnement.

[7] Voir au cours de la table-ronde 2, l'exemple quant aux difficultés pour un patient mauricien, bien que détenteur d'une ordonnance valable dans son pays d'origine, d'obtenir un traitement de substitution aux opiacés à La Réunion faute de législation compatible.

B.- L'existence de difficultés au niveau diplomatique

Située au cœur du canal du Mozambique, Mayotte connaît une situation politique particulière puisqu'au moment de l'indépendance des Comores elle a décidé, par référendum, de rester française et a obtenu depuis 2011 le statut de département. Si la France et l'Union des Comores entretiennent des relations étroites, sur le plan économique et culturel, il subsiste de fortes tensions quant au statut de Mayotte, l'île étant toujours revendiquée par le gouvernement comorien.

Mayotte doit faire face, depuis plusieurs années, à des problèmes de sécurité, des problèmes de délinquance, des problèmes d'immigration clandestine et des problèmes de trafic de drogue importants[8].

Si on réfléchit à la thématique de la coopération régionale avec Les Comores se pose tout de suite la question, et le contexte de Mayotte le montre avec les *kwassa-kwassas* qui arrivent tous les jours, des relations diplomatiques tendues entre le gouvernement comorien et le gouvernement français.

Par exemple, récemment, après la feuille de route négociée entre le ministre des affaires étrangères et le gouvernement comorien il y a eu une levée de boucliers de la population et des élus au niveau de Mayotte, notamment sur la question des visas d'entrée entre Les Comores et Mayotte.

La question du contrôle des marchandises forcément va se heurter à ces questions diplomatiques et de coopération entre Mayotte et les Comores qui sont les principales voies d'échange entre les territoires de l'océan Indien et Mayotte.

II.- Comment peut-on penser cette coopération ? Dans quel cadre construire un réseau ?

Quand on parle de coopération, il existe différents leviers possibles de manière générale (A). Par où peut-on passer pour développer la coopération régionale plus spécifiquement sur les addictions ? (B).

[8] Dans la lutte contre les stupéfiants il n'y a pas de brigade de stupéfiants ni sur la délinquance juvénile. Donc pas d'outils pour travailler sur la question des saisies de stupéfiants. Néanmoins, quand on regarde les chiffres avancés par l'ORS récoltés auprès des forces de l'ordre : sur le « bangué » plus de 113 kilos en 2015 et sur la « chimique » qui se développe saisie de 170 grammes de produit pur en 2016 et un demi kilo en 2017.

A.- Quels sont les grands leviers de coopération disponibles d'un point de vue général ?

Il s'agit d'abord de la coopération bilatérale qui est la coopération traditionnelle dans laquelle la France appuyait traditionnellement certains pays en voie de développement. Ceci a été l'historique de la coopération avec le Ministère de la coopération et les pays africains.

Mentionnons ensuite la coopération multilatérale par laquelle il s'agit, pour plusieurs Etats, de mettre des fonds en commun par le biais d'organismes d'intégration ou d'institutions internationales. Tel est le cas, fin des années 90, du Fonds mondial qui intervient sur la lutte contre le SIDA, la tuberculose et le paludisme, du Fonds GAVI[9] sur la vaccination et du Fonds MUSKOKA sur la santé de la mère et de l'enfant – pour ne prendre que des exemples liés à la santé. Un grand tournant, dans les années 2000, a été le moment où l'on est passé de 70% de coopération bilatérale et 30% de coopération multilatérale à l'inverse.

Il faut également citer la coopération décentralisée qui consiste en une coopération entre une ou plusieurs collectivités territoriales/locales françaises avec des collectivités territoriales/locales d'autres Etats au travers de relations amicales, jumelages, aide au développement, etc…

Le dernier grand pivot constitue tout le travail des organisations non gouvernementales (ONG) portées sur des thèmes particuliers.

Quels sont les outils pertinents en matière de lutte contre les addictions et les trafics de substances illicites ?

Le Fonds mondial de lutte contre le SIDA peut être un levier intéressant dans la mesure où on a pu constater un nombre important de cas de SIDA aux Seychelles et à l'Ile Maurice. Grace au Fonds mondial de lutte contre le SIDA, on peut travailler en faveur de la réduction des risques mais, dans le cadre général, on n'a pas de thème spécifique sur les addictions pour l'instant dans la région.

B.- Comment développer la coopération régionale plus spécifiquement sur les addictions ?

Différents outils peuvent être mobilisés :

* Le premier outil se situe au niveau de chaque ambassade. Il s'agirait de mobiliser le fonds social de développement, instrument permettant de faire monter en puissance les initiatives de la société civile, d'appuyer les initiatives des

[9] *Global Alliance for Vaccines and Immunization.*

associations locales, en les aidant financièrement dans la réalisation de leurs projets. *In situ*, on peut s'appuyer sur des associations qui travaillent sur la prise en charge des toxicomanies.

Encore faut-il rencontrer les personnes, notamment le conseiller de coopération régionale, et discuter avec lui car ce fonds de coopération. Précisons que ce fonds social de développement, n'est pas spécifique à la santé.

* Le deuxième outil, localisé au niveau des préfectures, peut être le fonds de coopération régionale. Sur la zone, il existe une spécificité qui est que La Réunion et Mayotte disposent chacun de leur fonds de coopération régionale. Ces fonds, qui concourent aux actions de coopération économique, sociale et culturelle, sont alimentés par des crédits de l'Etat.

C'est un outil très intéressant car il a pour mission de favoriser l'expertise française et le soutien aux pays voisins dans l'océan Indien. Le fonds de coopération régionale encourage ainsi, en les finançant, les initiatives locales, privées ou publiques, en matière de coopération avec les pays de la zone dans divers domaines - environnement, formation et expertise, éducation, santé, etc. -. La lutte contre les addictions et la construction d'un réseau pourraient être des thèmes porteurs en réponse à des appels à projets sur ces deux fonds.

* Il est également possible de sensibiliser la Commission de l'Océan Indien (COI), instance regroupant cinq pays de l'océan Indien - Maurice, Madagascar, l'Union des Comores, Les Seychelles, La Réunion/France -. Les membres de cette organisation régionale intergouvernementale se rencontrent, définissent des thèmes prioritaires de coopération diplomatique, économique et commerciale, culturelle et scientifique. Si la Commission accompagne des problématiques variées, non spécifiquement relatives à la santé et aux addictions, la problématique « santé » n'est pas oubliée et certains projets ont abouti.

En effet, suite à l'épidémie de chikungunya à laquelle les pays membres n'étaient pas préparés et face aux risques sanitaires partagés, a été mis en place un réseau de surveillance épidémiologique et de gestion des alertes de l'océan Indien (réseau SEGA) et le projet RSIE (Réseau surveillance et investigations des épidémies). Le projet « RSIE - réseau SEGA » a donné lieu à des échanges de données et à la mise en réseau des services de surveillance des maladies des cinq Etats membres. Il a appuyé tout un travail de soutien dans les interventions dans les Etats membres, avec un pool d'experts régionaux mobilisables rapidement. Ce réseau est financé par l'Agence Française de Développement mais également par la banque française de développement (La COI est donc capable de mobiliser divers bailleurs de fonds et n'est pas nécessairement dépendante de la coopération française).

Il pourrait y avoir une opportunité de collaboration avec la COI à envisager autour de la création d'un réseau addictions océan Indien.

* Une autre piste pourrait conduire à prendre appui sur la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives (MILDECA) qui anime et soutient les efforts des partenaires publics et privés dans tous les domaines de la lutte contre les drogues et les toxicomanies.

L'action de la MILDECA a pu, par le passé, tendre vers une politique tantôt en faveur de la répression, tantôt en faveur du soin, selon des inclinaisons plus ou moins sécuritaire ou sociale. La MILDECA peut assurément être un atout dans la constitution d'un réseau *Addicto OI*. En effet, à La Réunion et à Mayotte, comme dans chaque préfecture, la MILDECA s'appuie sur un chef de projet chargé de relayer son action. Ces personnes peuvent être force de proposition pour la cohésion sociale et le soin.

L'intérêt d'une approche *via* la MILDECA est qu'il s'agit d'un organisme interministériel avec des représentants du ministère de la santé, du ministère de l'intérieur, du ministère des affaires étrangères et de la diplomatie. Il s'agit donc d'un outil qui peut permettre de poser l'ensemble des questions soulevées sur un territoire donné. Ceci est d'autant plus vrai que le nouveau Président de la MILDECA[10] a fait de la réorganisation des politiques territoriales l'un des objectifs de son mandat.

Au niveau de La Réunion, depuis 2017, deux idées forces sont apparues dans la politique de la MILDECA : d'une part, il a été décidé de construire un réseau des acteurs de la MILDECA sur le territoire réunionnais (*ce colloque, soutenu par la MILDECA, entend précisément œuvrer au renforcement du réseau des professionnels qui prennent en charge les addictions à La Réunion et dans la zone*) et, d'autre part, il est question de l'ouverture de La Réunion sur son espace géographique proche. Il existe dès lors un terrain propice à la constitution d'un réseau *Addicto OI* soutenu par la MILDECA.

Remarques / recommandations / propositions du public ou des participants à la table-ronde :

Si les outils et les possibilités budgétaires semblent exister en vue de la constitution d'un réseau *Addicto OI*, le défi est important : il faut mettre autour de la table des personnes qui n'ont pas aujourd'hui les mêmes pratiques – différences de pratiques entre les soignants des différents pays mais également au sein d'un même Etat – ni les mêmes règles juridiques.

[10] Nicolas PRISSE, médecin de santé publique et médecine sociale, a pris ses fonctions le 1er mars 2017.

Sans doute faut-il également régler les difficultés identifiées, en France, s'agissant de l'articulation entre l'approche de la réduction des risques et l'approche pénale, pour parler de façon plus claire aux autres Etats de la zone.

Il conviendrait également de permettre aux personnes qui circulent d'un lieu à l'autre, d'un pays à l'autre, de recevoir des traitements de substitution. La politique de réduction des risques devrait être harmonisée pour permettre la libre circulation des personnes.

Il semble important de souligner qu'associer des personnes *via* un réseau nécessite de respecter les différences actuelles pour converger progressivement vers un système davantage harmonisé. Il faut connaître et accepter l'état du droit et des pratiques dans chaque Etat et s'entendre sur les évolutions possibles.

Sur la zone océan Indien, ce travail sur la question des addictions s'inscrira dans la durée. Il faut que les approches des soignants, dans leur diversité, ne disqualifient pas les approches de maintien de la loi (chaque pays fixant le niveau de ce qui est acceptable). De l'autre côté, les actions de maintien de la loi ne doivent pas venir empêcher la pratique de la réduction des risques. Tout l'intérêt du travail de laisser circuler les outils de soins et les outils de prise en charge complémentaire, c'est justement que l'action de l'un ne disqualifie pas l'action de l'autre et d'arriver à faire que localement, sans se disqualifier, les actions des soignants et du droit se complètent.

Recension d'ouvrage

Léa Havard,

L'État associé.

Recherches sur une nouvelle forme de l'État

dans le Pacifique sud

par Mathieu Carniama

Doctorant en droit à l'Université de La Réunion

Dans sa thèse intitulée : *L'État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le pacifique sud* [1], Léa Havard invite le juriste français à un voyage inédit au sein du « cinquième continent » où l'ingéniosité juridique contribue à l'évolution de « *la notion centrale du droit moderne : l'État* »[2].

Le sous-titre de la thèse propose une limite *ratione loci* du champ d'étude : les territoires du Pacifique sud. Dès les premières lignes, Mme Havard rompt le suspense et dévoile aux lecteurs les cinq escales juridiques prévues : les Îles Cook, Niue, les Palaos, les Îles Marshall et les États fédérés de Micronésie.

[1] HAVARD (L.), *L'État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique sud*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection « Droit d'Outre-Mer », 2018, 484 pp. L'ouvrage est issu d'une thèse réalisée sous la direction du Professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien, et soutenue à l'Université de Bordeaux.

[2] *Idem*, p. 11.

Introduction générale ou le grand départ vers l'*État associé*

Après un bref coup d'œil sur le planisphère le plus proche pour le géographe amateur, Mme Havard immerge progressivement le lecteur à la découverte de l'*État associé* qui puise ses racines dans les mouvements de décolonisation de la seconde moitié du XXe siècle. Notre guide se veut rassurant : traiter de l'*État associé*, c'est avant tout s'appuyer sur un concept *a priori* bien connu du juriste français : l'État. Et pour cause, l'*État associé* est un *État*. Or, l'auteur met l'accent sur les limites de la notion. Limite ontologique d'abord, eu égard à l'absence de définition de l'État qui de manière irréductible s'identifie selon le triptyque : un territoire, un peuple et une souveraineté. Limite matérielle ensuite, dès lors que l'*État* n'est désormais synonyme que d'*État-nation* dont le modèle s'est imposé comme étant *le* standard des sociétés modernes.

Fort de ce constat, l'auteur identifie l'intérêt du voyage : la découverte d'une forme alternative à l'État-nation – de plus en plus relativisé par les mouvements de mondialisation et de régionalisation – dans certains territoires du Pacifique sud. Il s'agit des Îles Cook, Niue, des États fédérés de Micronésie, des Îles Marshall et des Palaos, qui à la suite de leur indépendance choisirent de rester *associés* à leurs États d'origine : la Nouvelle-Zélande pour les deux premières et les États-Unis pour les trois autres. Ces territoires se sont alors auto-attribués le statut d'*États associés*.

Selon l'auteur, l'étude conjointe de ces territoires se justifie par leurs caractéristiques structurelles communes qui permettent de comprendre l'avènement de ce nouveau modèle étatique. Ce sont tous des « micro-États dépendants » qui du fait de leur faible superficie, de leur faible démographie, de leur fragilité économique et politique justifie une association à un *État-partenaire* qui s'avère être l'ancien État colonisateur anglo-saxon. Leur localisation géographique dans le Pacifique sud induit une communauté de culture et une sensibilité aux modèles juridiques des pays anglophones, empreinte de pragmatisme et de consensualisme permettant de penser l'association entre États sans pour autant remettre en cause sa nature.

Face à cet objet d'étude novateur, Mme Havard s'emploie à délimiter la notion de son étude. Entre indétermination sémantique et contradictions doctrinales, la notion d'*État associé* ne fait pas l'unanimité : territoires librement associés, territoires bénéficiant d'une très large autonomie ou États librement associés ? Associé à quoi ? Selon l'auteur, la pertinence du terme « État associé »

se révèle par un souci de clarté et de neutralité. L'*associé* est nécessairement un État dénommé : « État partenaire ».

Mais le voyageur sceptique pourrait douter du caractère étatique des territoires étudiés : ne sont-ce pas simplement des territoires bénéficiant d'une très large autonomie ? Selon l'auteur, l'État associé est un État à part entière, distinct des formes d'États connues : fédéral, unitaire ou régional ; qui s'inscrit dans une classification plus subtile des formes *de* l'État dont les exemples les plus connus sont : l'État-nation ou l'État multinational.

À l'approche du débarquement, notre guide entend construire la notion d'*État associé*, selon une démonstration inductive, en dégageant les éléments caractéristiques de ce nouveau modèle étatique à partir de l'étude des cinq territoires proposés. Appliquer la théorie générale de l'État à la singularité des solutions juridiques retenues au sein des territoires étudiés, devait conduire Mme Havard à nous proposer une expédition en trois temps – reprenant les éléments récurrents d'existence de l'État – pour mettre en évidence que l'*État associé* est un État construit pour un peuple complexe (Première Partie), qui se caractérise par une souveraineté déléguée (Deuxième Partie) et qui est institutionnalisé par une constitution associative (Troisième Partie).

Première partie **ou le débarquement en terre(s) inconnue(s)**

Un État construit pour un peuple complexe. La littérature juridique s'accorde à faire du substrat humain – qu'il s'agisse du « peuple », de la « population » ou de la « nation » – l'un des éléments caractéristiques de l'État. C'est donc tout naturellement que Mme Havard est amenée à s'interroger sur les peuples des territoires étudiés qui constituent « *la clé de compréhension essentielle* »[3] de l'existence de l'État associé et qui selon l'auteur « *résulte d'un processus dynamique puisqu'il est construit par et pour un peuple singulier* »[4]. Peuple *singulier*, car peuple anciennement colonisé qui, plutôt que de choisir la solution classique de l'indépendance, préféra le statut de *territoire librement associé* créé dans les années 1960 par l'ONU, en vertu duquel il conserve des liens

[3] *Idem*, p. 65.
[4] *Idem*.

étroits avec l'ancienne puissance colonisatrice tout en affirmant son indépendance. Ainsi est résolue la question du *pour(-)quoi* l'État associé.

L'auteur propose ici une excursion dans l'histoire du droit international de la décolonisation, indissociable d'une analyse sociologique, anthropologique et historique de ces territoires, témoignant des difficultés théoriques à penser les décolonisations : entre une approche binaire – assimilation ou indépendance – et une approche pragmatique permettant un accompagnement de la décolonisation.

En pratique, l'auteur démontre que cette dernière approche a pu permettre l'avènement du statut *sui generis* de « territoire librement associé » qui fut appliqué selon des fortunes diverses, démontrant qu'il s'agit avant tout d'un statut sur-mesure difficilement exportable ; si bien qu'il n'avait pas vocation à perdurer une fois la décolonisation arrivée à son terme. Pourtant, ainsi que le souligne l'auteur, ces territoires ont choisi de maintenir ce statut provisoire au point qu'il puisse aujourd'hui s'analyser comme un statut pérenne prenant l'appellation d'*État associé*, dont les caractéristiques mettent en exergue un renouveau du droit constitutionnel marqué par le pluralisme juridique afin de reconnaitre la diversité de ce peuple complexe. L'on retrouve ici la dialectique de l'unité par la différence, à rebours du modèle classique de l'État-nation. Pourtant, alors que Mme Havard propose un modèle étatique distinct de l'État-nation, n'est-il pas concevable que ce peuple complexe, caractéristique de l'État associé et uni par-delà leur différence, représente une *Nation* fondée sur des éléments objectifs et subjectifs communs ? Ainsi, l'État associé, comme l'État-nation, est l'instrument unificateur d'un peuple complexe[5]. Si bien que la singularité de l'État associé est à approfondir dans sa souveraineté.

Deuxième partie **ou le souverain dépaysé**

Un État caractérisé par une souveraineté déléguée. L'État moderne se caractérise dans son essence par sa souveraineté qui est d'un point de vue interne « *la puissance suprême à l'intérieur d'un territoire* »[6] et qui, d'un point de vue externe est « *une puissance indépendante vis-à-vis d'autre puissance étatique* »[7]. L'État associé propose une approche renouvelée de l'acception traditionnelle de

[5] CHEVALLIER (J.), « L'Etat-nation », *RDP*, 1980, p. 1271 et svts.
[6] BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, PUF, Paris, 1994, p. 10.
[7] *Idem*.

la souveraineté puisqu'il n'exerce pas de manière volontaire l'ensemble de ces compétences, du fait d'un lien de dépendance avec l'État partenaire. Est-ce à dire que l'État associé n'est pas souverain ? Selon Mme Havard, l'État associé est un État souverain puisqu'il choisit librement ses interdépendances. L'auteur distingue ainsi la souveraineté, qui en tant qu'attribut de l'État « *n'implique aucune conséquence prédéterminée* »[8], et l'exercice de celle-ci. Alors que l'État moderne promeut un exercice centralisé, par principe, de ses compétences souveraines, l'État associé choisit de les déléguer à l'État partenaire. Ce mécanisme de souveraineté déléguée est ainsi une caractéristique de l'État associé. L'auteur détaille l'étendue des compétences déléguées par les États associés à leurs partenaires selon des intérêts réciproques : les finances publiques, la nationalité, la défense et les relations extérieures.

Pourtant, la réciprocité des intérêts ne saurait être synonyme d'égalité entre les États partenaires et leurs États associés. Sous couvert d'association, les relations liant ces deux États révèlent davantage un rapport de soumission au profit des premiers. Selon l'auteur, puisque ce lien de soumission est consenti, il traduit l'expression même de la souveraineté des États associés, qui conservent les compétences souveraines non déléguées, mais qui surtout peuvent mettre un terme à l'association, démontrant de manière irréductible que l'État associé dispose de *la compétence de la compétence*.

À l'instar de l'État moderne, dont la souveraineté est de plus en plus « grignotée », l'État associé traduit un renouvellement des interdépendances régionales et mondiales. Ainsi, l'État associé se rapproche de l'État fédéral par un transfert ascendant de pouvoirs souverains ; il s'en distingue par l'absence de structure super-étatique englobant l'État partenaire et l'État associé. Dans le même temps, l'État associé se rapproche de l'État régional en vertu du rapport inégalitaire entre l'État partenaire et l'État associé, au profit du premier ; il s'en distingue par sa capacité unilatérale à rompre les liens associatifs. En définitive, l'État associé se singularise par sa souveraineté déléguée des différents modèles étatiques connus. Bien que dans le même temps, il s'en rapproche par l'institution d'une Constitution qualifiée d'*associative* par l'auteur.

[8] HAVARD (L.), *op. cit.*, p. 216.

Troisième partie ou la découverte des fondations

Un État institutionnalisé par une constitution associative. Ainsi que le souligne Mme Havard, tout État est régi par une Constitution dont le but est d'organiser les pouvoirs dans les limites de son territoire. La Constitution est le fondement juridique de l'existence de l'État. Et à l'instar de tout autre État, l'État associé est lui aussi régi par une Constitution qui remplit en l'espèce deux fonctions : une fonction classique et une fonction spécifique.

Dans sa fonction traditionnelle, la Constitution représente la norme suprême de l'ordre juridique étatique et véhicule une symbolique propre à la communauté qu'elle entend régir. S'agissant de l'État associé, les Constitutions des territoires étudiés démontrent le recours aux mécanismes classiques de la supériorité de la norme suprême, qui s'étend également au droit issu de l'État partenaire avec lequel il entretient des rapports privilégiés. Le choix d'une norme suprême écrite témoigne de la volonté de ces États d'inscrire au sein du marbre constitutionnel l'avènement d'un nouveau destin dont les rappels historiques et identitaires agissent comme des symboles fraternisant.

Dans sa fonction spécifique, la Constitution des États associés régit les règles de l'association. Si bien que pour Mme Havard, cette Constitution prend l'appellation de « Constitution associative » qui « *incarne simultanément l'autonomie de l'État associé et son lien privilégié avec l'État partenaire* »[9]. Un lien si privilégié qu'il assure à l'État partenaire une participation à l'exercice du pouvoir constituant. Mais en réglant les règles de l'association, cette Constitution associative, s'hybride pour s'assimiler en partie à un traité entre les deux États suivant les règles classiques du droit international.

Par l'instauration d'une Constitution, l'État associé se comporte comme un véritable État. De manière singulière, les États nouveaux s'inspirent des Constitutions d'autres États. Les États associés du Pacifique sud ne dérogent pas à cette particularité. Selon Mme Havard, l'inspiration va plus loin, puisque l'État partenaire participe à l'exercice du pouvoir constituant. Une telle pratique peut sembler paradoxale, tant il est constant que l'exercice du pouvoir constituant représente la part irréductible de la souveraineté. N'aurait-il pas été plus pertinent de parler de « mimétisme constitutionnel » ou de participation au pouvoir « pré-constituant » par l'État partenaire ? Car en définitive, la participation de l'État

[9] HAVARD (L.), *op. cit.*, p. 413

partenaire au processus constituant de l'État associé se caractérise bien souvent par son influence dans la rédaction de la Constitution à venir.

Conclusion générale – Un voyage qui en cache un autre ?

L'État associé existe ! Bien loin du modèle abstrait de l'État-nation, l'État associé est une variante pratique de l'État post-moderne. Pensé et créé pour des territoires exigus qui ne peuvent lutter contre la mondialisation et les grandes puissances étatiques continentales, le modèle de l'État associé permet l'existence et la reconnaissance en tant qu'État de certains territoires, qui souhaitent être reconnus en tant que tel. Encore marginal, le modèle de l'État associé participe de ce mouvement perpétuel de recomposition et de décomposition de l'État.

En définitive, la thèse de Mme Havard est riche d'enseignements tant sur le fond par la mise en exergue du concept novateur qu'est « l'État associé », que sur la forme. Par sa maîtrise du droit étranger et des concepts issus de la doctrine française et étrangère, l'auteur a su mettre en lumière un continent jusque-là *invisible*[10]. Par sa maîtrise de la rhétorique, Mme Havard s'est livrée à un exercice de style tout à fait édifiant : *une thèse dans la thèse*. Selon une mise en abyme subtile, l'auteur propose un modèle pour un archipel français du Pacifique dont le destin institutionnel est scruté par les constitutionnalistes : la Nouvelle-Calédonie. Assurément, les travaux de Mme Havard constituent une alternative[11] à une nouvelle association entre l'*Hexagone* et le *Caillou*, qui permet la conciliation des volontés d'interdépendance entre les deux territoires. En conclusion, le voyage proposé par Mme Havard remplit toutes ses promesses et plus encore tant par sa portée théorique novatrice que par son intérêt pratique certain.

[10] Le CLEZIO (J.-M.), *Raga, approche du continent invisible*, Seuil, 2006

[11] L'hypothèse de « l'association » est évoquée dans le rapport sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie rendu au Premier ministre en 2011 : COURTIAL (J.) et MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, La Documentation française, 2013.

Jurisprudence commentée

Chronique de la jurisprudence judicaire de la région Océan Indien

Sous la direction de ROMAIN LOIR,

Maître de conférences en droit privé à l'Université de la Réunion (HDR),

Co-directeur du Master II droit des affaires

1. Obligations & Contrats spéciaux

1.1. DROIT COMMUN DU CONTRAT

1.1.1 La formation du contrat

Réticence dolosive – Conditions – Obligation d'information
Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, chambre commerciale, 11 avril 2018, n° 16/01981

La réticence dolosive suppose que soit établi le silence volontairement gardé par l'un des contractants sur une information déterminante du consentement de la victime.

En l'espèce, une SARL, exploitante d'un commerce de proximité, a conclu un contrat de vente de marchandises avec un importateur-distributeur. Un litige est né entre les parties à la suite du non-paiement des sommes dues.

Devant la juridiction d'appel, la SARL demande la nullité du contrat sur le fondement du dol. Elle soutient que le vendeur lui a livré à son insu des produits d'une marque bas de gamme. Elle lui reproche d'avoir dissimulé le fait qu'ils ont été fabriqués exclusivement pour un réseau de distribution dédié et qu'ils ne pouvaient être commercialisés en dehors de celui-ci.

Les juges du fond écartent, par une motivation succincte, la demande en nullité du contrat en application de l'article 1116 ancien du Code civil (devenu 1137 depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations). Selon eux, aucun

élément ne permet d'établir que le vendeur a intentionnellement dissimulé des informations à la SARL dans le but de surprendre son consentement.

Il appartient à la victime supposée de rapporter la preuve des éléments constitutifs du dol par réticence. Néanmoins, elle est dispensée de prouver le manquement à l'obligation d'information qui pèse sur son cocontractant (LEVENEUR (L.), « Nullité pour réticence : sur qui pèse la charge de la preuve ? », CCC, n°10, 2002, comm. 135). Le vendeur professionnel est tenu d'informer l'acheteur sur le bien vendu. Il lui incombe, en effet, de prouver qu'il a exécuté son obligation d'information (Civ. 1re, 15 mai 2002, Bull. civ. I, n°132 ; MESTRE (J.) et FAGES (B.), « Mais une nouvelle avancée probatoire pour l'acheteur déçu, à mi-chemin entre l'obligation de renseignement et la réticence dolosive », RTD Civ. 2003, p. 84 ; MESTRE (J.), « Quand réticence dolosive, obligation d'information et obligation de bonne foi se conjuguent pour conduire à l'annulation d'une révocation mutuelle et à la décharge d'une caution », RTD Civ. 2005, p. 590). Toutefois, en présence d'un acheteur professionnel, en mesure de s'informer lui-même sur le bien vendu, l'obligation d'information du vendeur est allégée, voire inexistante. (PIGNARRE (G.), « L'obligation de s'informer de l'acheteur professionnel », D. 2002, p. 1003). De surcroît, le manquement à l'obligation d'information, à le supposer établi, est insuffisant à entraîner l'annulation du contrat pour réticence dolosive. La victime doit démontrer que le silence gardé par son cocontractant était intentionnel et que l'information en cause était déterminante de son consentement (Com. 28 juin 2005, RTD civ. 2005. 591). Dans cette espèce, les juges rejettent la nullité du contrat pour réticence dolosive selon plusieurs motifs. Le vendeur a effectivement rapporté la preuve qu'il avait informé la SARL de la marque des produits livrés. Il a également établi qu'il était autorisé à les distribuer à La Réunion. Au demeurant, la SARL ne démontre par aucun fait l'impossibilité de commercialiser les produits en dehors du réseau de distribution dédié. De sorte, qu'aucune obligation d'information ne pesait sur le vendeur. Sans pour autant rechercher si en sa qualité d'acheteur professionnel la SARL était en mesure de s'informer seule sur les caractéristiques des produits.

La réticence dolosive est désormais consacrée en droit commun comme vice du consentement par l'ordonnance de réforme du droit des contrats de 2016. Elle n'est plus subordonnée à la violation d'une obligation d'information (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; MAZEAUD (D.), « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », D. 2018, p. 912, n°13). Il suffit d'établir que le contractant avait connaissance d'une information dont il savait le caractère déterminant pour l'autre partie (DISSAUX (N.), Rép. Civ. Dalloz, v° *Contrat*, 2017, n°144). Le texte fait prévaloir l'élément intentionnel de la réticence dolosive (CHENEDE (F.), « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », AJ Contrat, 2018, p. 25, n°4). Qu'importe le degré de connaissance de la victime, l'erreur qui

en résulte est toujours excusable (MEKKI (M.), « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », D. 2018, p. 900, n°23). Cette « nouvelle obligation d'information implicite » s'inscrit dans un champ plus large que celui du devoir d'information (GRIMALDI (C.), « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon », D. 2016, p. 1009, n°3). Néanmoins, à l'instar de l'obligation générale d'information consacrée à l'article 1112-1 du Code civil, la réticence dolosive n'est pas constituée en cas d'erreur sur l'estimation de la valeur de la prestation (Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).

Julie De-Lamothe

Doctorante en droit privé à l'Université de la Réunion

1.2. RESPONSABILITÉ CIVILE

1.2.6 Responsabilité du notaire

Notaire – Devoir de conseil – Purge de l'hypothèque
Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 23 Février 2018 - n° 16/00379

En raison de sa fonction et de son statut d'officier public, le notaire est tenu d'une obligation principale d'assurer la validité et la sécurité des actes authentiques qu'il reçoit. Depuis 1966, la jurisprudence est constante sur ce point (Cass.civ.1ére, 11 octobre 1966, *D.* 1967.209, note Ancel, *JCP N* 1966. II. 14703, « *le notaire est tenu d'éclairer les parties et de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes rédigés par lui* ».) En complément de cette obligation, le notaire est également astreint à un devoir particulier de conseil (v. Cass. 21 juillet 1921, *D.* 1925. 1. 29, « *les notaires institués pour donner aux conventions des parties les formes légales et l'authenticité qui en est la conséquence, ont également pour mission de renseigner les clients sur les conséquences des engagements qu'ils contractent* »). Le problème étant qu'il n'existe pas de définition légale de ce devoir de conseil. Par conséquent, les tribunaux ont tendance à accroitre le contenu, mais aussi la portée de ce devoir qui par sa souplesse a pris aujourd'hui une importance considérable dans le cadre de la fonction notariale.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Saint-Denis, en la matière, est à la fois, une nouvelle illustration de ce contentieux devenu récurrent, mais aussi une confirmation de l'étendue grandissante de ce devoir.

En l'espèce, un notaire avait été mandaté par une SNC et sa banque dans le but de purger une hypothèque portant sur une parcelle destinée à la vente. Or, en dépit du mandat qui lui avait été confié dans le but de purger cette hypothèque, le notaire l'avait renouvelée. Entre temps, le notaire avait authentifié la vente de ladite parcelle. Quelque temps plus tard, souhaitant revendre le terrain acquis, l'acheteur constate avec stupeur que l'hypothèque grevant l'immeuble n'a pas été purgée. L'acquéreur se retrouvait alors dans une situation délicate puisqu'il ne lui était pas permis de revendre le bien sans désintéresser auparavant la banque créancière. Il assigne la SNC venderesse et le notaire pour, tout justement, manquement à son devoir de conseil et à son obligation d'assurer la validité et l'efficacité des actes qu'il instrumente. Le notaire, de son coté, fait valoir qu'il n'avait pas exécuté le mandat, ayant été déchargé par la banque. De plus, une clause de l'acte de vente stipulait que l'acquéreur avait payé comptant le prix en dehors de la comptabilité du notaire. La Cour d'appel de Saint-Denis, confirmant la tendance jurisprudentielle, juge cependant que si le notaire n'était certes plus mandaté quant à la purge de l'hypothèque, il restait tenu à l'égard de l'acquéreur d'une double obligation : celle d'assurer la validité et la sécurité de l'acte de vente instrumenté et celle d'informer et de conseiller l'acheteur sur l'incohérence de l'acte, tout en relevant, notamment, la contradiction qui existait entre le fait qu'il n'était plus mandaté pour la purge de l'hypothèque et le risque qu'encourait l'acheteur. Le notaire avait donc commis aux yeux de la cour une faute aggravée. En raison de son obligation principale de veiller à la validité des actes qu'il instrumente, le notaire est inévitablement tenu d'une obligation de conseil renforcée (v. par exemple, Cass.civ.1ére, 29 juin 2016, no 15-15.683, Dalloz actualité, 12 juillet 2016, obs. Kilgus). Il doit, par conséquent, conseiller même si rien ne lui est demandé et même si le contrat est déjà parfait entre les parties. En l'espèce, il est surtout reproché au notaire de ne pas avoir souligné la contradiction entre les termes du mandat donné par la banque créancière et la constatation du paiement intégral hors de sa vue. Et ce défaut d'information avait conduit l'acheteur à légitimement croire que la purge de l'hypothèque avait eu lieu tel qu'annoncé dans l'acte de vente. En d'autres termes, même si le notaire se retrouvait mis à l'écart par une clause et n'avait plus de maîtrise sur l'efficacité de l'acte, il devait toutefois veiller aux droits des parties en les conseillant activement. Impératif dans son principe, le devoir du conseil du notaire est, en tout état de cause, apprécié de manière rigide et avec une sévérité croissante.

Isabelle Boismery

Doctorante en droit privé à l'Université de la Réunion

1.4 CONTRATS SPÉCIAUX

1.4.6 Autres contrats

Cautionnement – Prescription – Déchéance
Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, 12 janvier 2018, n° 15/01777

Ayant pour assiette un droit de gage général, le cautionnement n'est pas un acte anodin. Le législateur contemporain l'a donc entouré, dans une optique protectrice, d'un rigoureux formalisme informatif dont la sanction a suscité, ces dernières années, un abondant contentieux que les juridictions s'efforcent de tarir. La multiplication et l'enchevêtrement des textes ne leur facilitent cependant pas la tâche. Un arrêt du 12 janvier 2018 atteste de ces difficultés.

Le 23 septembre 2003, le gérant d'une société se porte caution solidaire, dans la limite de 10 000 euros, de l'ouverture de crédit consentie à celle-ci par un établissement bancaire. Six ans plus tard, le créancier dénonce le contrat principal avant de mettre le débiteur ainsi que son garant en demeure de lui rembourser certaines sommes. À défaut d'obtenir satisfaction auprès de la personne morale, qui conteste sa créance devant un tribunal mixte de commerce, il assigne son représentant devant le Tribunal de grande instance de Saint-Pierre en exécution du cautionnement. Après que la première juridiction a condamné l'entreprise au paiement de ses dettes, la seconde a cependant fait échec aux demandes formulées à l'encontre du fidéjusseur. Elle relève en effet que l'établissement de crédit a méconnu ab initio les dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier qui l'oblige, notamment, à informer annuellement la caution du montant du principal et des accessoires de l'obligation garantie. Elle le déchoit, ce faisant, de l'intégralité de ses intérêts. Or, le montant de ces derniers se compense entièrement avec celui dont il réclame le paiement.

Interjetant appel, le créancier invoque, à titre principal la prescription de la créance de la caution qui ne porterait, au demeurant, que sur les intérêts conventionnels et non légaux. Il soutient, à titre subsidiaire, que la déchéance ne peut valoir que pour les intérêts rémunératoires perçus de novembre 2006 à juin 2013 dans la mesure où les relevés du compte courant professionnel pour lequel l'ouverture de crédit a été consentie font état, jusqu'au 30 novembre 2006, d'un solde positif. Il réclame par ailleurs le paiement de sommes qu'il estime lui rester dues.

Le jugement de première instance est pourtant confirmé au motif que « la déchéance sanctionnant l'inexécution de l'obligation d'information prend effet à la date où l'information aurait dû être donnée pour la première fois et elle n'est pas

subordonnée à la demande de la caution, contrairement à celle prévue par l'article L312-33 du code de la consommation qui sanctionne le non-respect du formalisme prévu par les articles L 312-7 à L 312-14 du code de la consommation et qui dans ce cas, se prescrit par 10 ans ». Or, l'appelante n'est pas en mesure d'apporter la preuve qu'elle s'est acquittée un jour de son obligation d'information et sa dette, qui a pris naissance en 2003, ne s'est pas encore éteinte. S'imputant sur le capital, cette somme compense celle dont la caution est redevable.

L'arrêt litigieux soulève peu de problèmes quant au fait de savoir si la déchéance atteint seulement les intérêts conventionnels. Le créancier optait pour une analyse voulant que le remède de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ne s'étende pas aux intérêts moratoires. La décision, n'évoquant que les intérêts rémunératoires abonde, implicitement, en ce sens. Elle est, en conséquence, fidèle à la volonté des magistrats du Quai de l'Horloge (Civ. 1re, 9 déc. 1997, 95-19940 : Bull. civ. I, n° 359 ; D. 1998. IR 27 ; D. Affaires 1998, p. 148, obs. X. D. – Com., 20 mai 1997, n° 95-12482 et n° 95-13513 : Bull. civ. IV, n° 152 ; JCP G 1997, IV, 1433. – 18 mars 2003, n° 00-17761 : Bull. civ. I, n° 84 ; CCC 2003, n° 97, obs. G. Raymond ; D. 2003, p. 1036, note C. Rondey ; LPA 8 déc. 2003, p. 6, obs. G. Paisant ; RDC 2003, p. 95, obs. M. Bruschi ; RTD com. 2003, p. 554, obs. D. Legeais).

Son intérêt tient plutôt à l'étude comparative des divers régimes rattachés à la notion de déchéance. Après avoir jugé que celle-ci n'était pas assimilable à la nullité (Civ. 1re, 2 juill. 1996, no 94-17530 : Bull. civ. I, no 283 ; D. 1997, p. 183 ; LPA 2 avr. 1997, p. 16, note A. Rieubernet), les juridictions se sont en effet évertuées à préciser les modalités de sa mise en œuvre. Or, les règles de procédure qu'elles ont instaurées varient le texte invoqué. Le présent litige donne l'occasion de confronter l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, applicable aux cautionnements consentis par une personne physique à un établissement financier à l'article L. 312-33 du Code de la consommation, spécifique à certaines offres de contrat (crédit immobilier, location-vente, location assortie d'une promesse de vente). L'un impose, notamment, d'informer chaque année la caution du montant des sommes encore dues par le débiteur principal. L'autre vise à assurer le respect d'un formalisme propre à la conclusion des conventions qu'il inclut dans son domaine.

Selon les magistrats de la rue Juliette-Dodu, la déchéance prévue par la législation consumériste est subordonnée à une demande de la caution. Celle-ci, ayant pour objet de sanctionner une obligation née d'une relation impliquant un établissement de crédit, relève de la catégorie des actes soumis au délai de prescription de l'article L. 110-4 du Code de commerce (Civ. 1re, 30 sept. 1997, 96-04005 : Bull. civ. I, n° 262 ; D. Affaires 1997, p. 1247 ; Banque 1997, p. 92, obs. J.-L. Guillot ; Gaz. Pal. 1998, somm. 17, obs. S. Piedelièvre. – Civ. 1re,

4 mai 1999, no 97-04119 : Bull. civ. I, no 150 ; D. Affaires 1999, p. 934, obs. V. Avena-Robardet ; CCC 1999, no 150, obs. G. Raymond. – Le délai de prescription est passé de dix à cinq ans à l'occasion de la réforme intervenue à la faveur de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008). Il en allait ainsi, jusque récemment, que le remède soit invoqué par voie d'action ou d'exception (Civ. 1re, 3 juill. 2013, n° 12-12350 : LEDB juill. 2013, n° 107, p. 2, obs. J. Lasserre Capdeville). A contrario, celui consacré par le Code monétaire et financier opérerait de plein droit. Cette différence pourrait puiser sa source dans la lettre même des lois : la première fait de la déchéance du droit aux intérêts une simple possibilité tandis que la seconde n'offre au juge, à première vue, aucun pouvoir d'appréciation. La conclusion à laquelle parvient la cour d'appel n'est pourtant pas celle de la Cour de cassation (Civ. 1re, 9 nov. 2004, n° 01-03772 : Bull. civ. I, n° 252 ; JCP G 2005, I, 135, n° 3, obs. P. Simler ; D. 2004, p. 3135. – Com., 20 juin 2006, n° 04-16238 : Bull. civ. IV, n° 148 ; D. 2006, p. 1886 ; RD banc. fin. 2006, comm. 195, obs. A. Cerles). Il sera relevé, à sa décharge, que la jurisprudence de cette dernière n'est pas limpide. D'un côté, il est permis de croire que la solution trouve son fondement dans le principe dispositif. Ainsi, rien ne s'opposerait à l'automaticité du mécanisme mais encore faudrait-il, en cas de litige, faire valoir cette prétention devant le juge, qui ne pourrait statuer ultra petita (V. Avena-Robardet, obs. sur Com., 20 juin 2006, D. 2006, p. 1886. – M. Mignot, note sous Com., 6 juin 2018, Gaz. Pal. 2018, n° 25, p. 19). D'un autre côté, la déchéance pourrait être subordonnée à un acte unilatéral de volonté. En tout état de cause, une demande en justice serait nécessaire (M. Mignot, note sous Com., 6 juin 2018, préc., qui évoque l'hypothèse sans pour autant y adhérer). À bien y réfléchir, la décision des juges réunionnais ne s'accorde avec aucune des deux interprétations. En l'occurrence, la perte du droit aux intérêts était au cœur des débats du procès. Les magistrats ne pouvaient donc guère se référer, pour débouter l'appelante de ses requêtes, à la règle voulant que les parties définissent l'objet du litige. Ensuite, en ce qui concerne ce dernier, il sera relevé que l'établissement de crédit faisait valoir la prescription de « la demande de déchéance ». Tel n'aurait pu être le cas s'il avait cru que le mécanisme opérait par le seul effet de la loi puisque ses conséquences se seraient, en toute logique, déjà manifestées. La cour d'appel n'aurait fait que le constater. Dans ces conditions, il y a lieu de penser que l'arrêt commenté encourrait la cassation si un pourvoi était formé. Ce serait oublier pourtant que la Cour de cassation a récemment exclu que la caution assignée en exécution de son obligation de règlement soit contrainte d'exciper la déchéance en respectant le délai de la prescription commerciale. La Chambre commerciale, à tout le moins, considère désormais, que « la prétention […] fondée sur le défaut d'information annuelle de la caution, laquelle [tend] seulement au rejet de la demande en paiement des intérêts au taux contractuel formée par la banque à son encontre, constitu[e] un moyen de défense au fond, sur lequel la prescription est sans incidence » (Com., 6 juin 2018, no 17-10103 P : Dalloz actualité, 4 juill.

2018, obs. J.-D. Pellier ; JCP E 2018, no 1356). Il reste à savoir si la Première Chambre civile s'alignera sur elle.

Il serait bon d'apporter une réponse à cette interrogation avant que le droit des sûretés ne soit réformé. L'Association Henri Capitant a en effet présenté, en 2017, un avant-projet qui transpose les dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier à tous les cautionnements conclus entre un créancier professionnel et une personne physique (Association Henri Capitant, Avant-projet de réforme du droit des sûretés, 2017, art. 2303 (disponible en ligne : http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-s).

Laura Varaine

Docteur en droit privé de l'Université de la Réunion

Chronique de la jurisprudence administrative de la région Océan Indien

Sous la direction de SAFIA CAZET,

Maître de conférences HDR en Droit public à l'Université de La Réunion

10.1. COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Extension d'un cimetière – Autorisation préfectorale - Enquête publique – Jurisprudence *Danthony* – Information des habitants

Tribunal administratif de La Réunion, 29 septembre 2017, *Mme Maillot et autres*, req. n° 1500776, 1500778

Fleur DARGENT, Post-doctorante en droit à l'Université de La Réunion

Dans ses *Antimémoires*, André Malraux expliquait que « *Toute civilisation est hantée, visiblement ou invisiblement, par ce qu'elle pense de la mort* ». Le jugement du tribunal administratif du 29 septembre 2017 témoigne de la crispation que peut entraîner une procédure d'extension d'un cimetière lorsque des habitations se trouvent à sa proximité immédiate.

En l'espèce, par trois délibérations en octobre 2012, le conseil municipal de Saint-Philippe a approuvé le projet d'extension du cimetière communal et a autorisé le maire à solliciter l'autorisation préfectorale requise par l'article L. 2223-1 du code général des collectivités territoriales, laquelle a été obtenue le 5 septembre 2013. L'enquête publique, qui s'est déroulée du 23 septembre au 22 octobre 2013, a donné lieu à un avis favorable du commissaire enquêteur, conduisant le préfet à autoriser la commune, par arrêté du 4 mars 2014, à procéder à l'extension du cimetière. Après que les travaux ont été lancés, le maire a concédé quelques modifications au projet, à la suite d'une réunion de médiation provoquée par l'opposition de riverains. Des riverains ont déposé deux requêtes contre l'arrêté préfectoral du 4 mars 2014 ainsi que contre les décisions du maire relatives au lancement des travaux.

Le tribunal administratif rappelle que l'article L. 2223-1 du CGCT prévoit que la création, l'agrandissement et la translation d'un cimetière sont décidés par le conseil municipal, mais que dans les communes urbaines et à l'intérieur des périmètres d'agglomération, un arrêté du représentant de l'État doit être pris après enquête publique, réalisée conformément au chapitre III du titre II du livre Ier du code de l'environnement. Il convient donc de distinguer les cas dans lesquels les communes sont totalement libres et ceux dans lesquels un arrêté du préfet est requis. Il ressort des dispositions de l'article précité que les communes urbaines peuvent

décider librement de la création et de l'agrandissement d'un cimetière à l'extérieur du périmètre de l'agglomération[1], ou lorsque le cimetière est situé dans ce périmètre, mais à plus de 35 mètres des habitations[2]. En revanche, comme c'était le cas en l'espèce, lorsque le cimetière se trouve dans le périmètre d'agglomération ou à moins de 35 mètres des habitations, l'autorisation préfectorale est nécessaire après enquête publique, aux termes de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite loi Grenelle II[3]. Ce sont désormais les articles L. 123-1 à L. 123-19 du code de l'environnement qui s'appliquent dans leur rédaction issue de cette loi, et les articles R. 123-1 à R. 123-27 du même code, dans leur rédaction issue de l'article 2 du décret 29 décembre 2011[4].

Énumérant les modalités de publication et d'affichage de cette enquête publique, le tribunal administratif rappelle que « la méconnaissance de ces dispositions n'est de nature à vicier la procédure et donc à entraîner l'illégalité de la décision prise à l'issue de l'enquête publique que si elle n'a pas permis une bonne information de l'ensemble des personnes intéressées par l'opération ou si elle a été de nature à exercer une influence sur les résultats de l'enquête et, par suite, sur la décision de l'autorité administrative ». On trouve ici une application désormais classique de la célèbre jurisprudence *Danthony*[5], le considérant proposant une rédaction un peu modifiée pour correspondre à la matière concernée. Si l'arrêt précité évoquait un vice susceptible d'entraîner l'annulation d'une décision seulement lorsqu'il a exercé « une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie », le jugement commenté évoque « les personnes intéressées par l'opération » et « les résultats de l'enquête ». Depuis plusieurs années maintenant, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser l'applicabilité de cette jurisprudence aux différentes étapes de la procédure d'enquête publique[6]. Celle-ci n'est d'ailleurs pas la seule concernée par la généralisation de cette jurisprudence *Danthony* qui a vocation à s'appliquer à une grande partie des procédures administratives préalables, afin de faire échec « aux moyens tatillons qui relèvent bien souvent de la stratégie contentieuse, consistant à

[1] Le périmètre d'agglomération peut être défini comme « les périmètres extérieurs des constructions groupées ou des enclos qu'ils joignent immédiatement » (CE, 23 décembre 1887, Toret).
[2] L'habitation est juridiquement définie comme « tout bâtiment dans lequel se rencontre le fait de la présence habituelle, quoique non permanente, de l'homme » (Crim., 10 juillet 1863).
[3] V. Guide juridique relatif à la législation funéraire à l'attention des collectivités territoriales, juillet 2017, p. 66 et s.
[4] Décret n°2011-2018 du 29 décembre 2011 portant réforme de l'enquête publique relative aux opérations susceptibles d'affecter l'environnement.
[5] CE, 23 décembre 2011, *Danthony*, req. n °335033.
[6] CE, 3 juin 2013, *Commune de Noisy-le-Grand*, req. n° 345174.

rechercher la moindre irrégularité de forme pour obtenir une annulation, au détriment d'une appréciation du fond »[7].

En l'espèce, l'avis d'enquête a été publié au moins quinze jours avant le début de l'enquête dans deux journaux de presse écrite de l'Ile de La Réunion, ainsi qu'à la mairie de Saint-Philippe et en plusieurs points de la commune, conformément aux dispositions du code de l'environnement. En outre, le projet d'extension du cimetière avait déjà été évoqué lors de plusieurs réunions publiques. Aucun vice n'a affecté l'information des habitants de la commune de Saint-Philippe, le tribunal administratif n'a donc pas eu à faire d'application positive de la jurisprudence Danthony.

Le tribunal administratif rejette également les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêté préfectoral du 4 mars 2014 selon lesquelles l'emplacement du site cinéraire n'aurait pas été défini dans le cadre de l'extension du cimetière. Rappelons que l'article L. 2223-40 du CGCT prévoit un monopole communal pour la création de tels sites et que l'article L. 2223-1 du même code impose que dans les communes de plus de 2000 habitants et plus, le cimetière communal comporte au moins un site cinéraire destiné à accueillir les cendres des personnes décédées dont le corps a donné lieu à crémation. Toutefois en l'espèce, le tribunal note qu'une réflexion a déjà été engagée aux fins d'installer un colombarium ou un jardin du souvenir après la réalisation des travaux d'extension. Dès lors que l'arrêté du 4 mars 2014 n'a ni pour objet ni pour effet de permettre à la commune de Saint-Philippe de se soustraire à ses obligations relatives aux sites cinéraires, le fait qu'il ne mentionne pas un tel site est sans incidence sur sa légalité.

Concernant les conclusions dirigées contre les décisions du maire, le tribunal rappelle que le projet d'extension a été approuvé par trois délibérations les 2 février, 7 juin et 30 octobre 2012 avant de faire l'objet d'une autorisation préfectorale le 4 mars 2014. Les requérants soutiennent toutefois que le maire de Saint-Philippe aurait dû solliciter une nouvelle autorisation dès lors que l'économie générale du projet a été modifiée à la suite de modifications consenties en juillet 2015. En effet, le maire a tenu compte de l'opposition des riverains et, à la suite d'une réunion de médiation, il a été décidé que l'emprise de l'extension serait réduite, que le mur de clôture serait rehaussé et que haie végétale serait implantée. Nonobstant ces modifications, le tribunal administratif considère que l'économie générale de l'extension n'a pas été modifiée et que, partant, une nouvelle autorisation préfectorale n'était pas nécessaire. Il écarte donc les moyens tirés de l'incompétence

[7] L. SANTONI, « Application de la jurisprudence « Danthony » à la révision d'un plan local d'urbanisme », *Constr.-Urb.* 2013, comm. 130 ; CE, 27 février 2015, *Ministre de l'Intérieur c/MM. Lavat, Baud-Ponsard, Ascheris et Blanchard*, req. n° 382502 ; CE, 23 octobre 2015, *Commune de Maisons-Laffitte et autres*, req. n° 375814, 375836, 375837, 375924, 375993, 381895, 381897.

de l'auteur des décisions prises lors du lancement et de l'exécution des travaux et de l'irrégularité de la procédure.

Le guide édité à destination des collectivités territoriales rappelle que « depuis plusieurs années, le législateur a initié une importante réforme du droit funéraire, afin de le simplifier et l'adapter aux évolutions que connaît la pratique funéraire ». Pour sa part, le contentieux en matière de création, d'extension ou de translation de cimetières ne fait pas l'objet d'innovations particulières et suit l'évolution classique du contentieux administratif relatif aux procédures préalables.

Collectivité, scission de commune, procédure administrative préalable, comité technique paritaire, exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté, enquête publique, changement de circonstance de fait, consultation locale.
Tribunal administratif de La Réunion, 7 décembre 2017, req. n°s 1700424, 1700611
Josselin RIO, Doctorant en droit public à l'Université de La Réunion

La décentralisation du territoire français n'est pas un phénomène figé. Le nombre et les frontières des collectivités créées sont susceptibles de modifications. Si la décision finale appartient à l'État[8], les collectivités et leurs ressortissants ont un rôle important à jouer dans la procédure. La décision commentée offre l'exemple d'une scission de commune en deux collectivités. La procédure comporte de nombreuses étapes : une enquête publique doit précéder la tenue d'une commission où sont élus des membres du Conseil municipal. Ce dernier, après consultation d'un comité technique paritaire[9], donne son avis sur le projet[10].

Le préfet de La Réunion a accepté, par un arrêté du 16 mars 2017, le détachement d'une portion du territoire de la commune de Saint-Louis aboutissant à la création d'une vingt-cinquième commune à La Réunion : « La Rivière ». Cet arrêté a été attaqué au tribunal administratif de La Réunion par des requêtes dont les solutions sont jointes dans la décision que celui-ci a rendue le 7 décembre 2017.

L'important délai, qui sépare l'arrêté attaqué d'une consultation des électeurs de 2009 et d'une enquête publique de 2013, n'est pas expliqué ou débattu dans la présente décision. La procédure encadrant la modification du territoire d'une commune ne semble pas prévoir de délai maximum dans lequel réaliser une telle opération. En revanche, cet important écart temporel va être à l'origine d'un vice de forme de même que l'absence de consultation d'un comité technique paritaire.

[8] Article L.2112-5 du CGCT.
[9] Article 33 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.
[10] Article L.2112-2 à -4 du CGCT.

Un vice de forme dans la procédure de scission d'une Commune peut-il entacher la légalité de l'arrêté préfectoral ?

Le juge administratif répond par l'affirmative en rappelant dans son considérant 3 la portée de la jurisprudence *Danthony* du Conseil d'État[11] : « *un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a privé les intéressés d'une garantie ou qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise* ». Les procédures facultatives ou obligatoires, peu importent leurs portées consultatives, ont les mêmes potentialités quant à la légalité de l'acte qu'elles contribuent à créer. L'arrêté en cause est déclaré illégal au regard du non-respect d'une procédure administrative préalable obligatoire : la consultation d'un comité technique paritaire n'a pas été effectuée. Ce vice de procédure priverait les travailleurs de la Commune d'une garantie de participation « *à la détermination collective des conditions de travail consacré par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* »[12]. Cependant, le juge évoque au préalable l'existence d'un vice de procédure administrative quant à l'expression de la population de la commune au travers de la consultation puis de l'enquête publique. La dégradation de la situation financière de la commune de Saint Louis, postérieure à ces expressions, fonderait une atteinte à l'exigence constitutionnelle de clarté de l'expression des populations. Mais, le juge n'en tire pas toutes les conclusions et préfère imputer l'illégalité de l'acte à l'absence de consultation préalable d'un comité technique paritaire.

La théorie de l'économie de moyen n'explique pas pourquoi le juge a opéré une digression sur la clarté de l'expression de la population sur la scission. A-t-il fait preuve de pédagogie dans l'optique d'éclairer les décisions politiques à venir ? C'est une possibilité qui tend à disparaître au regard des développements qui vont suivre. Ces derniers soulignent que le juge aurait pu sauver le projet de scission communale d'un retour à la case départ par une simple modulation des effets de sa décision dans le temps. L'absence d'une garantie de participation du personnel communal à la scission apparaît alors comme un vice de forme suffisant, mais réparable (I).

Le juge n'a pas souhaité opérer cette réparation en raison de la présence d'un deuxième vice de procédure. La « *modification substantielle des circonstances de fait affectant l'économie générale du projet* »[13] aurait porté atteinte à la clarté de la consultation de la population communale. Le juge fait ici référence à une conception

[11] Deux arrêts du Conseil d'État (l'un d'assemblée, l'autre de section) du 23 décembre 2011, *Danthony et autres*.
[12] Tribunal administratif de La Réunion, n°s 1700424, 1700611, cons. 7.
[13] *Ibid*., cons. 5.

particulière de la clarté : le projet aurait été modifié par le changement de circonstance de fait. Cependant, la décision de scission est toujours la même et a toujours les mêmes conséquences institutionnelles. La procédure n'impose pas l'identité de contexte entre la consultation et la décision administrative si bien qu'aucun délai maximum n'est prévu entre ces deux étapes comme énoncé précédemment. Cette évolution du contexte a uniquement porté atteinte à la garantie de clarté d'expression de la population concernée sans la priver purement et simplement d'une telle garantie. Le second vice de procédure était donc irréparable, incurable, mais insuffisant pour entacher d'illégalité l'arrêté (II).

Le juge refuse alors sa souplesse au premier vice pour servir la sanction nécessaire du deuxième.

I.- L'absence d'une garantie de participation du personnel communal à la scission : un vice de forme dirimant et réparable

Le préambule de la Constitution de 1946 obtient valeur constitutionnelle en intégrant le « bloc de constitutionnalité créé par la célèbre décision *Liberté d'association* du Conseil constitutionnel[14]. Bien avant son voisin du palais royal, le Conseil d'État faisait application du préambule de la Constitution de 1946 dans le contrôle des actes administratifs[15]. Le juge administratif réunionnais est par ailleurs habitué à interpréter la Constitution notamment en ce qui concerne le droit des collectivités[16]. L'utilisation de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 va permettre au juge administratif de constater que l'absence de consultation du comité technique paritaire entache d'illégalité l'arrêté préfectoral.

L'absence de participation du personnel communal à la procédure de scission prive ces derniers d'une garantie au sens de la jurisprudence *Danthony*. L'absence de cette garantie si elle constitue un obstacle incontournable à la légalité de l'arrêté est cependant critiquable au regard de l'ensemble de la procédure. Cette garantie aurait pu être constatée dans d'autres étapes de la procédure. Le juge qualifie cette absence de garantie au terme d'un raisonnement trop formaliste (A). De plus, le juge aurait pu permettre cette participation par une modulation des effets de sa décision dans le temps (B).

A.- Une application trop formaliste de la jurisprudence Danthony

Le juge administratif a développé depuis longtemps un raisonnement d'équilibre entre les principes de légalité des actes administratifs et de réalisme. Le

[14] Cons. const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.
[15] CE, ass., 7 juillet 1950, *Dehaene* (sous la IVème République) et CE, sect., 12 février 1960, *Société Eky* (sous la Vème République).
[16] CE, sect., 28 février 1997, *Commune du Port*.

principe de légalité ne doit pas conduire à censurer en permanence n'importe quelle irrégularité d'une procédure[17]. Ces dernières tendant à se complexifier et à associer de plus en plus d'acteurs il est alors pertinent pour le juge administratif de ne censurer que les irrégularités susceptibles d'avoir une conséquence sur la décision.

Les arrêts *Danthony et autres* fixent ce principe pour compléter l'œuvre partielle du législateur qui n'avait figé cet équilibre qu'en ce qui concerne les procédures obligatoires.

En l'espèce, l'article 33 de la loi du 26 janvier 1984[18] prévoyait, selon le juge, la consultation d'un comité technique paritaire et constituait donc une procédure administrative préalable obligatoire.

L'irrégularité d'une procédure, après conciliation des principes de légalité et de réalisme, ne peut entacher d'illégalité l'acte administratif qui en découle qu'à deux conditions rappelées par le juge dans son considérant de principe précité (considérant 3 de la décision commentée). L'irrégularité doit alors priver les intéressés d'une garantie ou avoir une influence sur le sens de la décision.

Dans l'arrêt *Danthony*, la non-consultation d'un comité technique paritaire dans la procédure de regroupement d'établissements publics avait privé les représentants du personnel d'une garantie de participation à la détermination collective des conditions de travail que consacre l'alinéa 8 du préambule de 1946. La seule différence avec la décision commentée étant la finalité de la procédure, le juge administratif n'a eu aucun mal à appliquer cet arrêt de principe (considérant 7). Cependant, les différentes étapes de la présente procédure de scission sont susceptibles de questionner la pertinence de cette perte de garantie.

Aucune mention du comité technique paritaire n'est faite dans les articles du CGCT en ce qui concerne la modification des limites d'une commune. Mais, reprenant l'énoncé des alinéas 1 à 4 et 6 de l'article 33 de la loi du 26 janvier 1984, le juge administratif considère que la décision de scission de la commune va influencer le devenir et les conditions de travail du personnel de la Commune. À ce titre, la consultation d'un comité technique paritaire devait permettre aux représentants du personnel de participer à la décision.

L'absence de recours à cette consultation est jugée suffisante pour priver les employés de la commune d'une participation à la détermination collective des conditions de travail.

---

[17] M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21e éd., 2017, pp.887-888.

[18] Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

L'excès de formalisme du juge découle du fait qu'en aucun cas l'alinéa 8 du préambule de 1946 n'oblige la participation de ces travailleurs de manière autonome et distincte d'autres modes de participations. Aussi, le juge aurait pu rééquilibrer l'exigence de légalité avec le réalisme de la procédure de scission telle qu'elle est prévue d'une part et telle qu'elle a été réalisée en l'espèce d'autre part.

La procédure de scission prend en considération la multitude des domaines concernés par la décision en ce qu'elle impose une enquête publique. Les travailleurs ont alors pu participer et faire remonter leurs appréhensions sur les conditions de travail en lien avec la scission. De plus, une commission élue parmi les membres du conseil municipal donne un avis indépendant de celui du conseil municipal. Les représentants du personnel tout comme n'importe quel employé de la commune aurait pu faire remonter leurs considérations à cette commission. Les directions du personnel étaient également capables de faire remonter au Conseil municipal les principales inquiétudes ou revendications du personnel. Enfin, au-delà de la chaîne hiérarchique classique au sein de la commune, rien n'empêchait les travailleurs comme leurs représentants d'informer directement le conseil municipal avant son avis définitif. Il existe ainsi une multitude de canaux de communication dans lesquels les travailleurs tout comme leurs représentants étaient invités à participer à la décision de scission.

Au-delà de la procédure obligatoire encadrée par les articles L.2112-2 à -4, la Commune a également choisi de demander l'avis de la population par une procédure de consultation.

Les travailleurs et les représentants du personnel avaient alors la possibilité de s'exprimer favorablement ou non sur le devenir du projet. Dans le même sens, les employés de la commune ont également pu prendre en considération le projet de scission au cours des débats et de l'élection communale qui eurent lieu en 2014.

De telles voies de communication étaient certes plus restreintes étant donné le caractère binaire de la réponse (favorable ou non au projet), mais venaient s'ajouter à la procédure obligatoire et renforçaient la participation des employés communaux à la prise de décision et nécessairement en aval à la détermination de leurs conditions de travail.

Le juge refuse de considérer la potentielle expression des travailleurs au travers d'expression d'un corps plus vaste. Le juge semble alors plus formaliste que la jurisprudence et plutôt que de rechercher la substance de la participation des travailleurs se borne à constater son inexistence telle que prévue par une procédure bien spécifique : le comité technique paritaire.

Le vice de procédure administrative préalable est donc suffisant pour le juge qui n'a pas souhaité le réparer par une interprétation plus souple et réaliste ou par une modulation des effets de sa décision dans le temps.

B.- L'absence regrettable d'une modulation des effets de l'illégalité dans le temps

Le juge refuse d'interpréter la garantie de participation des travailleurs au travers d'autres procédures, mais il refuse également de la permettre *a posteriori* afin de régulariser l'ensemble de la procédure. Cela aurait tout à fait été possible en modulant les effets de sa décision dans le temps. On aurait pu s'attendre à voir le juge administratif suspendre l'effet de l'annulation donnant ainsi le temps à la commune de consulter le comité technique paritaire préalablement à une nouvelle délibération. Le juge aurait ainsi pu entièrement réparer la garantie dont étaient privés, selon lui, les travailleurs et représentants du personnel dans la participation à l'élaboration des conditions de travail.

Cela était d'autant plus attendu qu'une telle utilisation de la jurisprudence *AC !*[19] avait été faite dans l'arrêt d'assemblée *Danthony et autres* du 23 décembre 2011.

De plus, dans le domaine des scissions de commune, le tribunal administratif de Rennes a également modulé les effets de sa décision dans le temps pour justement permettre à une commune de consulter préalablement un comité technique paritaire[20]. La jurisprudence mériterait-elle d'être unifiée ? La commune de Saint-Louis n'a-t-elle pas bénéficié de toute la sympathie et bienveillance du juge administratif ?

Toute l'importance et l'ambiguïté de la décision se révèlent à la lueur de ces questions.

Si l'on observe le considérant 8 de l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État précité, le juge module les effets dans le temps de sa décision parce que les conséquences de l'annulation sont « *manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets* ». Pour l'apprécier, le Conseil avait pris en compte les observations des parties, l'ensemble des moyens, les intérêts privés et publics en présence, les atteintes éventuelles au principe de légalité et de droit à un recours effectif. À côté de la continuité du service public de l'enseignement supérieur et des nombreux actes

[19] CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*.

[20] Voir en ce sens les décisions du Tribunal administratif de Rennes, 15 mai 2017, *Assoc. SOS Mariage Forcé* req. n° 1601739 et 22 février 2018, *Assoc. SOS Mariage Forcé*, req. n° 1705256, mises en lumière par un mémoire universitaire du Master 2 de droit public à l'Université de La Réunion de Q. GOASDUFF, L'insertion des scissions communales dans l'organisation territoriale française, 2018, pp. 61-62.

individuels et contractuels dépendant de l'arrêté de scission, le Conseil avait souligné « *qu'aucun des autres moyens soulevés ne peut être accueilli* »[21].

La différence avec le jugement du tribunal administratif de Rennes et avec l'arrêt d'assemblée précité réside précisément dans l'existence d'un autre moyen soulevé accueilli et utilisé par le juge. Certes il n'était pas suffisant pour emporter l'illégalité de l'acte, mais il constituait un vice de procédure que le report des effets dans le temps de l'annulation ne pouvait pas contribuer à purger : il s'agit de l'atteinte à l'exigence de clarté dans la consultation des populations sur la scission de commune.

Le juge administratif était dans l'impossibilité de rétablir la clarté, la libre expression du consentement d'une population à une décision dont le contexte avait changé.

Il a ainsi fait le choix de renvoyer la commune devant l'obligation de recommencer la procédure de scission afin de ne pas léser la légitimité de celle-ci. Dans le cas contraire, il aurait contribué à la régularisation d'une décision de scission qui aurait souffert d'un consentement biaisé de la population.

II.- La perte d'un libre consentement de la population communal à la scission : un vice de forme insuffisant et incurable

La consultation des électeurs par la commune de Saint Louis intervenue en 2009 est permise par l'article 72-1 al. 3 de la Constitution[22] et organisée par la loi du 13 août 2004[23].

Il s'agit d'une simple possibilité pour la collectivité. Cependant, comme énoncé précédemment, l'irrégularité d'une procédure administrative préalable, même facultative, est susceptible d'entacher d'illégalité l'arrêté préfectoral attaqué. Le juge ne précise pas ce point puisqu'il adjoint à l'analyse de la consultation l'enquête publique réalisée en 2013, celle-ci étant obligatoire (article L. 2112-2 du CGCT). La décision analyse les deux procédures simultanément étant données leurs capacités égales à entraîner la perte d'une garantie des intéressés à la décision. L'article L. 134-2 du Code des relations entre le public et l'administration de même que l'article L. 2112-2 du CGCT n'exigent pas un résultat sur le fond de l'enquête publique. Les avis émis et les résultats d'une telle enquête n'engagent pas les auteurs de la décision. En revanche, le juge semble transposer les exigences de la consultation populaire à l'enquête publique (A) pour pallier aux vices résultant de

[21] CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*.

[22] Voir pour plus de précisions le fascicule Dalloz de M. VERPEAUX sur la consultation locale : Chapitre 3 (folio n° 12230), Droits des habitants : référendums locaux et consultations locales, août 2017.

[23] Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Voir notamment les articles L.1112-15 et suivants du CGCT.

l'absence de délai maximum encadrant la procédure de scission d'une commune (B).

A.- Une enquête publique soumise à l'exigence de clarté de la consultation

L'exigence constitutionnelle de clarté de l'expression d'une population s'est développée au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le cadre du contentieux référendaire, puis elle a gagné les procédures de consultations[24].

Le juge administratif étend cette exigence à l'enquête publique. Il convient alors d'identifier au sein de la jurisprudence constitutionnelle les enjeux et prescriptions d'une telle exigence de clarté pour en apprécier la réalisation au sein de la jurisprudence administrative.

Dans la jurisprudence constitutionnelle, le Conseil constitutionnel parle d'une double exigence de clarté et de loyauté qui impose à celui qui pose la question « *d'indiquer aux populations intéressées les orientations envisagées, la question posée aux votants ne doit pas comporter d'équivoque, notamment en ce qui concerne la portée de ces indications* »[25]. En l'espèce, le juge constitutionnel avait déclaré contraire à la Constitution une partie de la question portant à confusion en ce qu'elle ne permettait pas une expression sincère de la volonté des électeurs[26].

La décision 2000-428 DC vient préciser que la clarté s'applique également au contexte dans lequel est posée la question : celle-ci doit être posée sans incertitude quant à son résultat par la population tant sur le fond que sur la portée consultative ou obligatoire de la consultation[27].

L'exigence de clarté et de loyauté de la consultation prend une importance particulière selon le Professeur Roux en ce qu'elle serait le moyen pour les juridictions constitutionnelles de garantir la liberté de choix des citoyens

[24] Cons. const. 2 juin 1987, n° 87-226 DC, *Loi organisant la consultation des populations intéressées de Nouvelle-Calédonie*, cons. 7 ; Cons. const. 4 mai 2000, n° 2000-428 DC, *Consultation de la population de Mayotte,* cons. 15, Cons. const. 7 déc. 2000, n° 2000-435 DC, *Loi d'orientation pour l'outre-mer,* cons. 44 et Cons. const., 24 mars 2005, n° 2005-31.

[25] Cons. const. 2 juin 1987, n° 87-226 DC, Loi organisant la consultation des populations intéressées de Nouvelle-Calédonie, consid. 7. Voir également B. GENEVOIS « [Note sous décision n° 87-226 DC] », Annuaire international de justice constitutionnelle, 1987, n° III-1987, p. 603.

[26] P. AVRIL, J. GICQUEL, « [Note sous décision n° 87-226 DC] », *Pouvoirs*, novembre 1987, n° 43, p. 213.
Voir dans le même sens M.-L., PAVIA, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés », *Revue administrative*, 1988, n° s.n., p. 437.

[27] M. VERPEAUX, « [Note sous décision n° 2000-428 DC] », *Chronique de jurisprudence constitutionnelle*, n° 24, *Les Petites Affiches*, 2000, n° s.n., pp. 16-19. Voir également M. VERPEAUX, F. SAUVAGEOT, « [Note sous décision n° 2000-435 DC] », *Les Petites Affiches*, 2001, pp. 18-30.

directement induite par le principe de souveraineté populaire[28]. Dans la même logique, cette exigence impose à l'administration « *de mettre tous les moyens à sa disposition pour faire en sorte que les électeurs puissent en prendre utilement connaissance avant le scrutin* ». Un de ces moyens étant notamment l'information au préalable des électeurs ainsi que la mise à disposition de documents permettant d'expliquer le projet de consultation[29].

En protégeant le libre consentement du vote, de l'expression consultative, l'exigence de clarté permet « de garantir l'authenticité du choix exprimé par les votants, et notamment d'éviter que la volonté exprimée par les citoyens ne soit faussée, détournée, instrumentalisée »[30]. Cette exigence permet donc de fonder la légitimité du résultat qui découle de la libre expression.

L'exigence de clarté et de loyauté de la consultation constitue donc un faisceau d'indices permettant au juge d'analyser au cas par cas le respect de la liberté de consentement des personnes interrogées.

En appliquant cette exigence à une consultation communale et à une enquête publique ayant le même objet, le juge administratif se fait le gardien de la démocratie locale et de la libre expression des citoyens dans l'évolution institutionnelle de leur collectivité. Le juge administratif en protégeant la libre expression des ressortissants va garantir la légitimité des décisions soumises à l'appréciation des électeurs.

Si l'expression de loyauté n'est pas reprise, elle semble incluse dans une analyse très spécifique de la clarté de l'expression populaire. Le contrôle du tribunal administratif intervenant postérieurement à l'expression des personnes interrogées, il n'a pas pour objet la pertinence et la précision de la question. De plus, en ce qui concerne la clarté du contexte, il ne s'agit pas, ou du moins pas uniquement, de celui précédent la consultation.

Le juge va utiliser le faisceau d'indices qu'offre l'exigence de clarté pour appréhender l'évolution du contexte entre le moment où la question a été posée et celle où elle va être utilisée. Cette interprétation particulière est notamment due au fait que l'enquête publique ou la consultation étant consultatives ne produisent pas par elles-mêmes de conséquences normatives. C'est leur utilisation à l'appui d'une

---

[28] A. ROUX, « [Note sous décision n° 2000-435 DC] », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2000, n° XVI-2000, p. 709. Le professeur cite notamment la thèse de M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, thèse dactyl., Aix-en-Provence, 1999, pp.168 et suiv., pp. 188-194.

[29] La citation est tirée de l'analyse des tables analytiques du Conseil constitutionnel (disponibles en ligne) en ce qui concerne la décision n° 2005-31 REF, 24 mars 2005, cons. 11.

[30] M. FATIN-ROUGE STEFANINI, P. TAILLON, M. LUCIANI, « La clarté de l'expression référendaire », Annuaire international de justice constitutionnelle, in Migrations internationales et justice constitutionnelle. Référendums et justice constitutionnelle, n° 32-2016, 2017. pp. 631.

décision administrative future qui nécessite de la part du juge ce contrôle particulier de l'évolution contextuelle.

Au terme de ce raisonnement, le juge peut constater la « *modification substantielle des circonstances de fait affectant l'économie générale du projet* » issue du contexte économique et financier de la collectivité. Autrement dit, l'avis d'une population doit être lié au contexte dans lequel celui-ci a été délivré. L'utilisation de cet avis dans un contexte différent n'est pas fidèle, loyal à la volonté des auteurs de cet avis. Le juge administratif utilise implicitement la notion de loyauté de la consultation au travers de la modification contextuelle entre deux moments : l'émission d'un avis et son utilisation préalable à l'acte administratif.

L'avis favorable de la consultation de 2009 et l'enquête publique de 2013 sont intervenus alors que la commune bénéficiait d'une situation financière viable. De plus, la conclusion du commissaire enquêteur assurait à la commune, issue de la scission, un budget en excédent.

L'arrêté préfectoral clôturant la procédure de scission intervient en 2017. Dans cet écart temporal, le juge administratif souligne que les conditions financières ce sont « *notablement aggravées* » (considérant 4). Il déduit cette dégradation de la mise sous tutelle économique de la Commune de Saint-Louis en 2015 et 2016 conduisant le préfet à arrêter lui-même le budget primitif. Dès lors le juge considère que les avis de 2009 et 2013 sont intervenus dans le cadre d'un contexte financier favorable. La disparition de ce contexte ne permet plus d'utiliser loyalement cette expression, celle-ci a perdu sa clarté étant donnée l'impossible prévision par les personnes interrogées de la dégradation de la situation financière.

Le juge en déduit qu'à défaut d'une nouvelle enquête publique, c'est-à-dire d'un renouvellement en toute connaissance de cause (financières et budgétaires) de l'avis de la population invitée à s'exprimer, la procédure est viciée en ce qu'elle porte atteinte aux garanties dont dispose cette population d'une expression claire, d'un libre consentement. Les populations doivent renouveler leur volonté d'établir une nouvelle commune même en mauvaise santé financière.

Cette exigence pose ainsi une nouvelle condition voire une nouvelle limite encadrant la procédure de scission. Au-delà de l'ensemble des procédures préalables, la scission ne peut intervenir qu'au cours d'un seul et même contexte économique, budgétaire.

B.- Une procédure de scission encadrée par le contexte économique de la consultation

Le juge administratif se pose en gardien non seulement de la démocratie locale en protégeant le libre consentement des personnes interrogées dans la procédure de scission, mais également en gardien de la décentralisation.

L'exigence de clarté constitutionnelle impose en l'espèce aux personnes consultées de lier leur consentement à un contexte économique. L'évolution d'une bonne santé financière vers un contexte économique encore plus favorable ne devrait pas entraîner de renouvellement du consentement. De même, il apparaît difficilement envisageable qu'une future décision vienne imposer le renouvellement du consentement suite à un bouleversement inverse. Si les personnes intéressées sont consultées en toute clarté lors d'un contexte économique défaillant, l'amélioration de ce contexte ne plaidera qu'en faveur du projet. Seule la dégradation des conditions financières en ce qu'elles sont susceptibles de questionner la viabilité du projet justifie un renouvellement du consentement, offrant ainsi aux personnes intéressées les possibilités de changer d'avis, de s'exprimer différemment.

La panoplie du faisceau d'indices offerte par l'exigence constitutionnelle de clarté permettra de censurer des consultations et enquêtes publiques au regard de la précision de la question posée, du résultat et des conséquences annoncés, du contexte dans lequel intervient la question, etc.

Si le juge ne mobilise en l'espèce la clarté que par rapport au bouleversement des conditions budgétaires, il convient de ne pas oublier toutes les potentialités offertes par cette exigence constitutionnelle. Ainsi, une procédure de scission dans laquelle les autorités politiques dissimuleraient une mauvaise santé budgétaire tomberait également sous le coup d'autres critères liés à l'exigence de clarté. En invoquant cette exigence constitutionnelle, en ne se contentant pas uniquement « d'une modification substantielle des circonstances de fait », le juge administratif précise les critères de transparence et d'honnêteté politique dont devront faire preuve l'ensemble des futures collectivités qui souhaiteraient recourir à l'avenir à une telle procédure de scission. Derrière la protection d'un libre consentement en fonction du contexte économique, le juge devient également le gardien d'une décentralisation « saine ». L'exigence de clarté de l'expression vient donc empêcher la prolifération non consentie de communes en mauvaise santé financière.

Une question demeure en suspens, si l'arrêté préfectoral était intervenu plus tard, attendant un retour à la normale du la situation budgétaire de la commune le juge aurait-il exigé une réactualisation du consentement ? La résorption possible,

imminente du déficit de la commune[31] aurait-elle pu justifier une modulation des effets de la décision dans le temps, faute de changement de circonstance et donc d'atteinte à la clarté de l'expression ? Autrement dit, l'évolution des circonstances de fait est-elle conçue uniquement en comparaison du moment de consultation et du moment de l'arrêté préfectoral, ou prend-elle en considération l'ensemble des évolutions entre ces deux moments également ?

Enfin, est-il possible de critiquer la légitimité du juge à un tel contrôle ?

La situation budgétaire d'une commune ne dépend-elle pas d'une action politique ? Autrement dit, une politique de rigueur n'est-elle pas susceptible de supprimer ou de résorber une situation budgétaire déficitaire ? La situation budgétaire de la commune divisée ne présume pas obligatoirement de la rigueur politique susceptible d'être pratiquée par la nouvelle commune.

En réalité, la nouvelle commune sera confrontée à l'impact budgétaire des différents transferts permettant son bon fonctionnement : transfert de personnels, de compétences, de locaux, des équipements, des dettes et créances, etc. La création d'une nouvelle commune n'établit pas réellement une situation politique et institutionnelle nouvelle. Elle est la descendante, notamment budgétaire et économique, de la commune qui l'a engendrée.

Le rattachement des évolutions contextuelles à l'exigence de clarté permet au juge administratif de pallier un défaut important de la procédure de scission : sa durée. Les nombreuses étapes de la procédure peuvent conduire à une procédure extrêmement longue comme en témoigne le présent contentieux. Les textes ne prévoyant pas de durée maximale dans laquelle devrait se dérouler l'ensemble des procédures, ces dernières peuvent perdre tout leur sens avec l'écoulement du temps. Le contexte économique est une des façons que le juge a trouvé pour enserrer la procédure dans un délai cohérent, permettant le cas échéant d'exiger de recommencer la procédure faute de célérité ou de rigueur de la part des autorités à l'origine de la scission.

[31] Cette résorption est notamment mise en lumière par le mémoire précité de Q. GOASDUFF, *L'insertion des scissions communales dans l'organisation territoriale française*, 2018, p. 63.

10.2. CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Citoyenneté de l'Union européenne – Libre circulation des personnes – Directive 2004/38/CE – Durée de séjour – Droit au séjour – Revenu de solidarité active – Obligation pour les autorités administratives de tirer toutes les conséquences légales d'une décision administrative aussi longtemps qu'il n'y a pas été mis fin

T.A. La Réunion, 23 février 2017, *M. B. c/Département de La Réunion*, req. n° 1600959

Agnès Vidot, Doctorante en droit public de l'Université de La Réunion

Dans un contexte de tension croissante entre le principe fondamental de libre circulation des citoyens de l'Union européenne et l'objectif de préservation de l'équilibre financier du système d'assistance sociale des États membres[32], le jugement du Tribunal administratif de La Réunion du 23 février 2017 rappelle – s'il en était besoin – que l'exclusion des citoyens de l'Union du bénéfice des prestations d'assistance sociale n'échappe pas au contrôle du juge administratif, juge de droit commun du droit de l'Union.

En l'espèce, M. B., ressortissant britannique, dispose d'un titre de séjour qui lui a été délivré par le préfet de La Réunion le 25 juillet 2014 et a été renouvelé depuis lors. Le 29 mai 2015, M. B. introduit une demande auprès du département de La Réunion afin de bénéficier du revenu de solidarité active (RSA). Par décision du 24 février 2016, la présidente du conseil départemental de La Réunion refuse de lui octroyer cette prestation sociale à compter de sa demande du 29 mai 2015, au motif qu'il ne satisfait pas aux conditions d'attribution du RSA pour les ressortissants des États membres de l'Union. Suite à un recours administratif préalable formé par M. B. le 28 avril 2016, la présidente du conseil départemental confirme implicitement sa décision du 24 février 2016. Le 26 août 2016, M. B. saisit le Tribunal administratif de La Réunion et lui demande, d'une part, d'annuler la décision implicite de rejet de la présidente du conseil départemental et, d'autre part, d'enjoindre au département de procéder à une ouverture du droit au RSA à compter du 29 mai 2015.

Sur la recevabilité de la requête. À titre liminaire, le juge administratif relève que la décision du 27 juillet 2016 accordant l'ouverture du droit au RSA à M. B. de manière dérogatoire et limitée dans le temps – puisque la date de prise d'effet de cette ouverture du droit au RSA est fixée au 1er mai 2016 et non au 29 mai 2015 – ne saurait justifier le prononcé d'un non-lieu à statuer, pleine satisfaction n'ayant pas été donnée à l'intéressé. La requête de M. B. déclarée recevable, le juge l'analyse au fond.

[32] Si la promotion de la libre circulation des personnes justifie l'octroi de prestations sociales aux citoyens de l'Union séjournant dans des États membres autres que ceux dont ils sont originaires, la prise en compte de l'objectif de préservation de l'équilibre financier du système d'assistance sociale des États membres d'accueil milite *a contrario* en faveur d'une limitation de l'accès de ces citoyens à la protection sociale.

Cette analyse révèle que le jugement rendu par le Tribunal administratif repose essentiellement sur la prise en compte de deux critères : la durée et la régularité du séjour de M. B. au moment où il a introduit sa demande de RSA auprès du département.

Sur la durée du séjour du ressortissant d'un État membre de l'Union au moment de l'introduction de sa demande de RSA. Ce critère de la durée du séjour pourrait passer totalement inaperçu, tant le juge y fait référence de manière expéditive. Pourtant, la prise en compte de ce premier critère est essentielle.

La directive 2004/38/CE du 29 avril 2004[33] prévoit trois types de droits de séjour pour les citoyens de l'Union : le droit de séjour inférieur à trois mois, le droit de séjour supérieur à trois mois et le droit de séjour permanent.

Pour les séjours allant jusqu'à trois mois, l'article 6, paragraphe 1, de la directive autorise les citoyens de l'Union à séjourner sur le territoire d'un autre État membre, sans autres conditions ou formalités que l'exigence d'être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité et l'article 14, paragraphe 1, de cette même directive maintient ce droit tant que le citoyen de l'Union et les membres de sa famille ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil[34]. Or, dans un arrêt *Garcia-Nieto* du 25 février 2016, la Cour de justice de l'Union européenne a admis que, dans un tel cas, l'État membre d'accueil peut se prévaloir de la dérogation de l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE pour refuser d'accorder au citoyen de l'Union la prestation d'assistance sociale qu'il réclame[35]. La Cour respecte ainsi la lettre de cette disposition qui prévoit expressément que l'État membre d'accueil n'a pas l'obligation d'accorder le droit à une prestation d'assistance sociale, pendant les trois premiers mois de leur séjour, à des personnes autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non-salariés et celles qui gardent ce statut.

S'il ressort à la fois des textes et de la jurisprudence de la Cour de justice que les États membres d'accueil n'ont pas l'obligation d'octroyer des prestations d'assistance sociale dans ces circonstances, il n'en demeure pas moins qu'ils en conservent la faculté. S'agissant du RSA (qui relève *a priori* de la notion de « prestation d'assistance sociale » au sens de l'article 24, paragraphe 2, de la

[33] Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

[34] En ce sens, voir notamment CJUE, 21 décembre 2011, *Tomasz Ziolkowski e.a. et Marlon Szeja contre Land Berlin*, aff. jointes C-424/10 et C-425/10, point 39 ; CJUE, 11 novembre 2014, *Elisabeta Dano, Florin Dano contre Jobcenter Leipzig*, aff. C-333/13, point 70.

[35] CJUE, 25 février 2016, Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen contre Jovanna García-Nieto e.a., aff. C-299/14, points 43 et 44.

directive 2004/38/CE[36]), force est de constater que ce dernier choix n'est pas celui pour lequel a opté la France. En effet, l'article L. 262-6 du code de l'action sociale et des familles prévoit que pour bénéficier du RSA, le ressortissant d'un État membre de l'Union doit, notamment, avoir résidé en France durant les trois mois qui précèdent l'introduction de se demande.

En l'espèce, la vérification de cette condition tenant à la durée du séjour de M. B. sur le territoire français ne pose aucune difficulté, cette durée étant supérieure à trois mois. Cette première condition remplie, le juge administratif s'intéresse à la régularité du séjour de M. B. au moment de sa demande.

Sur la régularité du séjour du ressortissant d'un État membre de l'Union au moment de l'introduction de sa demande de RSA. Pour avoir droit au RSA, l'article L. 262-6 du code de l'action sociale et des familles exige également que le ressortissant d'un État membre de l'Union remplisse « *les conditions exigées pour bénéficier d'un droit de séjour* ». Cet article doit être lu à la lumière de l'article L. 121-1, sous 2°, du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, lequel prévoit que tout citoyen de l'Union a le droit de séjourner en France pour une période supérieure à trois mois s'il dispose, pour lui et sa famille, de ressources suffisantes et d'une assurance maladie[37].

En l'espèce, le département soutient que M. B. ne remplit pas les conditions pour bénéficier d'un droit au séjour de plus de trois mois et ne peut, en conséquence, bénéficier du RSA. Autrement dit, le département se prévaut d'une éventuelle illégalité de la décision du préfet pour justifier son refus d'octroyer à M. B. la prestation qu'il réclame.

Cette argumentation ne saurait prospérer au regard de la jurisprudence du Conseil d'État. Dans un arrêt du 19 mai 1973, le Conseil d'État a jugé que l'autorité administrative qui refuse d'appliquer une décision prétendument illégale dont elle est l'auteur est tenue de donner son plein effet à cette décision dans la mesure où elle n'a été ni rapportée ni annulée et n'a pas non plus été déclarée illégale par une

---

[36] Le RSA qui « a pour objet d'assurer à ses bénéficiaires des moyens convenables d'existence, de lutter contre la pauvreté et de favoriser l'insertion sociale et professionnelle » (article L. 262-1 du code de l'action sociale et des familles) semble bien relever de la notion de « prestation d'assistance sociale » au sens de la directive 2004/38/CE, notion qui désigne « l'ensemble des régimes d'aides institués par des autorités publiques, que ce soit au niveau national, régional ou local, auxquels a recours un individu qui ne dispose pas de ressources suffisantes pour faire face à ses besoins élémentaires ainsi qu'à ceux de sa famille et qui risque, de ce fait, de devenir, pendant son séjour, une charge pour les finances publiques de l'État membre d'accueil susceptible d'avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État » (en ce sens, voir notamment CJUE, 15 septembre 2015, *Jobcenter Berlin Neukölln contre Nazifa Alimanovic e.a.*, aff. C-67/14, point 44).

[37] Cet article reprend les conditions figurant à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2004/38/CE.

décision juridictionnelle[38]. Dans un arrêt plus récent du 29 novembre 2002, la Haute juridiction administrative reconnaît qu'« *il incombe à l'ensemble des autorités administratives de tirer, le cas échéant, toutes les conséquences légales [d'un] acte aussi longtemps qu'il n'y a pas été mis fin* »[39]. Cet arrêt de 2002 est important dans la mesure où il étend l'obligation à l'ensemble des autorités administratives, et non à la seule autorité qui a compétence pour retirer ou abroger la décision initiale[40]. Cette solution a été reprise dans un arrêt *Lacroix* du 16 décembre 2005[41], arrêt auquel le Tribunal administratif de La Réunion fait expressément référence dans son jugement du 23 février 2017.

En application de cette jurisprudence du Conseil d'État, le département – comme, au demeurant, l'ensemble des autorités administratives – a l'obligation de tirer les conséquences légales de la décision du préfet de délivrer un titre de séjour à M. B., quand bien même cette décision serait illégale et en tout état de cause, aussi longtemps qu'il n'y a pas été mis fin.

M. B. étant ainsi réputé remplir la seconde condition énoncée à l'article L. 262-6 du code de l'action sociale et des familles, le juge administratif fait droit à ses demandes.

En définitive, ce jugement est la preuve que le contrôle par le juge national – en l'occurrence, administratif – des limitations de l'accès des citoyens de l'Union à la protection sociale est essentiel en ce qu'il participe pleinement à la promotion du principe fondamental de libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne.

Moyen d'ordre public – délibération autorisant le maire à ester en justice – contestation
Tribunal administratif de La Réunion, 29 septembre 2017, *M. B.*, req. n° 1700178
Tassadit YASSA, doctorant en droit public, Université de La Réunion

Il est des décisions, des arrêts, qui surprennent, non pas par leur originalité, mais par leur extrême banalité.

Les faits n'ont rien d'étonnant sous nos latitudes. Suite à un changement de mandature, un agent, qui avait été intégré dans la fonction publique territoriale par

[38] CE, Sect., 18 mai 1973, *Ville de Cayenne*, req. **n° 78734, 78735, 78736, 78740, 78743.**
[39] CE, Sect., 29 novembre 2002, *Assistance publique – Hôpitaux de Marseille*, req. n° 223027.
[40] P. CASSIA, « Référé-provision : la notion d'obligation non sérieusement contestable », *Droit administratif* n° 5, mai 2006, comm. 84.
[41] CE, Sect., 16 décembre 2005, *Lacroix*, req. n° 274545.

le maire sortant, a vu son acte de nomination rapporté, par le maire nouvellement élu, au motif que cette nomination était une nomination pour ordre.[42]

L'agent évincé a donc logiquement saisi le tribunal administratif, qui a fait droit à sa demande et qui a prononcé sa réintégration[43]. Un appel est interjeté et la cour administrative d'appel annule la décision du tribunal administratif.[44]

C'est à cette occasion qu'est soulevée l'irrecevabilité de l'appel de la Commune, faute de représentation par une personne physique. Ce moyen est rejeté par la cour administrative d'appel qui juge que « *si la requête d'appel de la commune présentée par ministère d'avocat, n'indique pas de façon expresse, que la commune est représentée par son maire, cette omission purement matérielle n'entache pas d'irrecevabilité la requête d'appel de la commune de la Plaine des Palmistes* ».

Il n'y a là rien de surprenant tant la jurisprudence en matière de représentation des communes est souple. Si le maire est un principe seul compétent pour représenter la commune,[45] il ne peut la représenter que s'il a été autorisé à le faire par une délibération du conseil municipal[46]. Cette autorisation peut être ponctuelle ou alors s'inscrire dans la durée[47]. Elle n'est pas nécessaire en cas d'urgence,[48] mais elle doit faire l'objet d'une régularisation. Cette régularisation est possible jusqu'au jour du jugement.[49]

N'ayant pas obtenu gain de cause, l'agent évincé forme alors un pourvoi en cassation. Parallèlement il attaque par le biais d'un recours en excès de pouvoir, la délibération venant autoriser le maire à ester en justice dans plusieurs affaires. Il estime que la délibération venant régulariser le défaut d'autorisation préalable du maire à ester en justice est illégale faute d'« *une convocation régulière, l'ordre du jour n'ayant pas évoqué cette question, laquelle ne saurait être rattachée aux '' questions diverses '' *».

[42] CE, 30 juin 1950, *Massonaud*, req. n° 1326 ; L. n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 12, al. 3. Et pour une application récente : CE 18 janv. 2013, *Syndicat de la magistrature*, req. n° 354218.
[43] TA de Saint-Denis, 9 juillet 2015, req. n° 1400453.
[44] CAA de Bordeaux, 3 janvier 2017, req. n° 15BX03196.
[45] Article L2132-2 du CGCT.
[46] Article L2132-1 du CGCT.
[47] Article L2122-22 du CGCT.
[48] Article L2132-3 du CGCT.
[49] CE, 23 janvier 1959, *Cne d'Huez, Lebon 67.*

Ce moyen est intéressant puisqu'il a déjà été jugé par le juge administratif que l'autorisation du maire à ester en justice ne peut pas relever des questions diverses.[50] Mais encore faut-il que ce moyen soit examiné au fond, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

Le tribunal administratif rejette la requête en soulevant un moyen d'ordre public. En effet, la délibération, qui autorise le maire à agir en justice, a le caractère d'un acte de procédure. Il est de jurisprudence constante que sa régularité ne peut donc être contestée que dans le cadre de l'instance principale.[51] La délibération ne peut faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir indépendant.

La question qui reste en suspens est l'invocabilité de ce moyen en cassation. Les moyens d'ordre publics tels que le défaut de qualité pour agir - sont en principe opérants dans le cadre du pourvoi quand bien même ils seraient nouveaux.[52]

Cependant, le Conseil d'État a déjà jugé[53] que « lorsque le défaut de qualité pour agir d'une partie n'était pas soulevé et n'avait pas à l'être d'office, il ne peut pas l'être pour la première fois devant le juge de cassation, qui n'est susceptible d'accueillir que le moyen tiré de ce que les juges du fond auraient dû le soulever d'office »[54].

Le défaut de qualité pour agir n'a pas été directement invoqué devant la cour administrative d'appel. Cette dernière n'avait pas à le soulever d'office puisque le juge n'est tenu de soulever d'office un moyen qu'à la condition qu'il ressorte des pièces du dossier.[55] Or en l'espèce, le maire avait bien fourni l'autorisation du conseil municipal l'autorisant à ester en justice et rien ne laissait présager de son illégalité. Aussi on peut émettre de sérieux doutes quant au succès de ce moyen devant le Conseil d'État.

---

[50] CAA de Lyon, 7 juill. 2005, *Commune d'Escamps*, req. n° 03LY01586 ; F.-P. BENOIT et J. BENOIT, « Conseil municipal : réunions », *Encyclopédie des collectivités locales*¸ folio n° 280, novembre 2012 (actualisation : février 2018), n° 111 – 113.
[51] CE, 21 novembre 1980, *Rémy*, req. n° 16530.
[52] CE, 24 novembre 2010, *Cne de Lyon*, req. n° 325195.
[53] CE, 1er mars 1972, *Ducreux*, req. n° 81546.
[54] G. PELLISSIER, « Qualité pour agir », *Répertoire de contentieux administratif,* Avril 2009 (actualisation : octobre 2014), n° 75.
[55] Ibid.

10.5. DOMAINE PUBLIC

Domaine public maritime – Plage – Paillotes – occupation privative – cinquante pas géométriques

TA de La Réunion, 31 oct. 2018, n° 1800629, n° 1800630, n° 1800631, n° 1800632, n° 1800633 et TA de La Réunion, 31 oct. 2018, Préfet de La Réunion c. La SARL Réunion plage, n° 1800392 ; TA de La Réunion, 31 oct. 2018, Préfet de La Réunion c. La SAS Côtes Ouest, n° 1800481 ; TA de La Réunion, 31 oct. 2018, Préfet de La Réunion c. La SAS Côtes Ouest, n° 1800612 ; TA de La Réunion, 31 oct. 2018, Préfet de La Réunion c. M. C, n° 1800613 ; TA de La Réunion, 31 oct. 2018, Préfet de La Réunion c. M. E, n° 1800614 ; TA de La Réunion, 31 oct. 2018, Préfet de La Réunion c. La SARL L'Hacienda, n° 1800615 ; TA de La Réunion, 31 oct. 2018, Préfet de La Réunion c. La SARL La Mama, n° 1800616 ; TA de La Réunion, 31 oct. 2018, Préfet de La Réunion c. La SARL Réunion Plage, n° 1800617

Loïc PEYEN, Maître de conférences en droit public, Université Toulouse 1 Capitole – IEJUC

Voilà la fin d'une époque : finies les paillotes sur les plages de l'Hermitage dans l'ouest de l'île de La Réunion. Le tribunal administratif de La Réunion porta le coup de grâce le 31 octobre 2018, lorsqu'il mit fin à la possibilité pour ces établissements de restauration et de loisirs de se maintenir en ces lieux. Sans doute faut-il croire que le nombre treize, correspondant à la quantité de jugements rendus ce jour-là, tint toutes ses funestes promesses pour l'occasion.

L'affaire avait fait grand bruit dès ses origines. Il était reproché à ces paillotes installées de longue date de s'accaparer le domaine public au détriment de ses usagers et de l'environnement et, au bout du compte, d'être invasives. Ces décisions de fond du juge administratif (précédemment : TA de La Réunion, ord., 16 mars 2018, *M. B et a.*, n° 1800124) étaient attendues : par ces établissements, bien entendu, qui espéraient voir leurs activités économiques pouvoir se maintenir ou, à défaut, pouvoir obtenir une compensation du fait de leur arrêt ; par les usagers du domaine, espérant pouvoir de nouveau exercer leurs droits sur ces parcelles purgées de toute « occupation privative » (CG3P, art. L. 2122-1). La médiatisation oppressante de l'affaire ne dissipait néanmoins pas les quelques zones d'ombres qui entouraient la situation de ces paillotes.

Le statut juridique des parcelles sur lesquelles elles se trouvaient – les parcelles DI 435 et DI 436 situées à l'Hermitage, sur le territoire de la commune de Saint-Paul, au lieu dit « les filaos ») – était par exemple si peu clair que le tribunal de grande instance de Saint-Denis dut surseoir à statuer et saisir le tribunal administratif de questions préjudicielles (jugements n° 1800629, n° 1800630, n° 1800631, n° 1800632 et n° 1800633), et dont la réponse conditionnait en tout état de cause l'issue de certains points de ce contentieux dont le juge administratif avait à connaître par ailleurs (jugements n° 1800392, n° 1800481, n° 1800612, n° 1800613, n° 1800614, n° 1800615, n° 1800616, n° 1800617). Et pour cause, étaient ici en jeu les règles applicables aux « paillotes » et, chemin faisant, la

question de leur devenir, les règles de la domanialité publique étant beaucoup plus fermes et beaucoup moins favorables à leur égard.

Le rôle du juge administratif était important au vu des règles organisant la répartition des compétences entre juges judiciaire et administratif en matière d'identification du domaine public : « il n'appartient qu'à la juridiction administrative de se prononcer sur l'existence, l'étendue et les limites du domaine public, et […] en cas de contestation sérieuse à ce sujet, les tribunaux de l'ordre judiciaire doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que soit tranchée par la juridiction administrative la question préjudicielle de l'appartenance d'un bien au domaine public »[56].

Ainsi le tribunal administratif de Saint-Denis fut-il amené à trancher dans chacun de ces jugements la question du statut juridique de ces parcelles : relevaient-elles du domaine public maritime naturel ? Sur la base d'une réponse positive (**I**), il put ensuite mieux identifier la situation juridique des exploitants des paillotes, lesquels s'avéraient avoir été des occupants privatifs du domaine public maritime. Cela le conduisit à sanctionner le non-respect des règles régissant l'utilisation privative et la protection du domaine (**II**).

I.- L'appartenance des parcelles au domaine public maritime naturel

Deux parcelles étaient concernées par cette affaire des paillotes : les parcelles DI 435 et DI 436, situées à l'Hermitage, sur le territoire de la commune de Saint-Paul, au lieu-dit « les filaos ». La question de leur appartenance au domaine public était décisive, car les requérants, peu originaux, voulaient être considérés comme propriétaires de fonds de commerce et bénéficiaires de baux commerciaux (C. com., art. L. 145-1), renouvelés par tacite reconduction depuis des années et à l'origine d'un droit au maintien sur les lieux ainsi que d'un droit au versement d'une indemnité d'éviction en cas de résiliation ; autant de choses incompatibles avec le régime de la domanialité publique naturelle[57]. Il est vrai que la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (*JORF* n° 0140 du 19 juin 2014, p. 10105, texte n° 1) était venue changer la donne s'agissant du domaine public en général[58]. Cependant, outre son absence de

[56] TC, 28 avr. 1980, *SCIF Résidence des Perriers*, n° 02160 ; le principe vaut « même en l'absence d'un acte administratif le délimitant » : CE, 25 mars 1977, *Sieur Z*, n° 03950. Pour une approche critique de cette exclusivité de compétence : N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, Paris, LexisNexis, 3e éd., 2015, p. 34.

[57] O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « L'activité commerciale sur la plage : le commerçant plagiste peut-il être considéré comme propriétaire d'un fonds de commerce ? », *JCP A*, n° 16-18, 16 avr. 2007, 2103.

[58] C. CHAMARD-HEIM et Ph. YOLKA, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », *AJDA*, 2014, p. 1641.

rétroactivité[59], elle a maintenu le domaine public naturel hors de ses substantiels apports (CG3P, art. L. 2124-35). Le statut de ces parcelles était donc central.

Au vu de leur situation géographique, il ne fut pas ardu de reconnaître leur appartenance au domaine public. En effet, elles se trouvaient intégralement situées dans la zone dite des « cinquante pas géométriques »[60] ; or, il résulte des articles L. 2111-4, L. 5111-1, L. 5111-2, L. 5111-3 et L. 5111-4 du code général de la propriété des personnes publiques que, outre-mer (y compris à La Réunion, donc), sauf exception, font partie du domaine public maritime de l'État la zone des cinquante pas géométriques. Celle-ci a été délimitée à La Réunion en application de l'arrêté gubernatorial du 4 mai 1876 concernant la délimitation générale du domaine public dit des pas géométriques et pour la commune de Saint-Paul, selon le plan approuvé par l'arrêté gubernatorial du 11 mars 1878. Selon les requérants, le décret du 13 janvier 1922 modifiant la législation en vigueur à La Réunion sur l'inaliénabilité de la zone des pas géométriques (*JORF* du 24 janv. 1922, p. 1088) avait abrogé ces dispositions ; dès lors, il était nécessaire que soit mise en œuvre la procédure de délimitation du domaine public maritime prévue par le décret n° 2004-309 du 29 mars 2004 relatif à la procédure de délimitation du rivage de la mer, des lais et relais de la mer et des limites transversales de la mer à l'embouchure des fleuves et rivières (*JORF* n° 76 du 20 mars 2004, p. 6079, texte n° 41). Le juge administratif balaya l'argument, rappelant au passage le statut juridique général du littoral de la commune de Saint-Paul[61].

Un curieux argument, non retenu par le tribunal, à bon droit, avait également pu être avancé par les requérants : ils seraient titulaires d'un bail commercial conclu avec la commune de Saint-Paul en 1982. Avancer un tel argument et, *a fortiori*, le retenir, revient à opérer une inversion grave de la logique juridique : au lieu de partir du statut pour identifier les règles applicables, le statut serait plutôt déterminé grâce aux règles appliquées. En outre, comme le relève le juge, un tel contrat n'est pas un titre de propriété permettant de faire relever la parcelle de l'une des exceptions prévues par le code (CG3P, L. 5111-3 et L 5111-4) : « constituent des dépendances du domaine public maritime de l'État l'ensemble des parcelles situées dans la zone dite des cinquante pas géométriques, sous la seule réserve des droits des tiers à la date du 5 janvier 1986 résultant soit de titres reconnus valides par la commission prévue par les dispositions de l'article 10 du décret n° 55-885 du 30 juin 1955, soit de ventes ou de promesses de vente consenties par l'État postérieurement à la

[59] CE, 24 nov. 2014, *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais*, n° 352402 : *D.* 2015. 1615, obs. DUMONT-LEFRAND ; *AJDI* 2015. 361, obs. OTERO ; *AJCT* 2015. 93, obs. ROUAULT ; *AJCA* 2014. 392, obs. DREYFUS ; *Contrats Marchés publ.* 2015. comm. 12, note DEVILLERS ; *Dr. adm.* 2015. comm. 12, note EVEILLARD ; *JCP A* 2015. 2106, obs. LANGELIER.

[60] C. LAVIALLE, « La réserve des cinquante pas du Roi ou la naissance du domaine public », *RFDA*, 2014, p. 451.

[61] v. CE, 7 sept. 2001, *M. et Mme Kichenin et a.*, n° 207796.

publication de ce décret et antérieurement à la date du 5 janvier 1986, soit d'éventuelles prescriptions acquises à la date du 3 janvier 1986, ainsi qu'à l'exception des parcelles appartenant en propriété à des personnes publiques ou privées qui peuvent justifier de leur droit, des immeubles qui dépendent soit du domaine public autre que maritime, soit encore du domaine privé de l'État affecté aux services publics et des terrains domaniaux gérés par l'Office national des forêts en application de l'article L. 121-2 du code forestier ».

En conséquence, le juge administratif affirma que ces parcelles relevaient du domaine public. Il ressort de cela que les exploitants des paillotes étaient occupants du domaine public, et qu'ils devaient se soumettre aux règles alors applicables, ce qui ne fut pas le cas.

II.- La sanction du non-respect des règles applicables au domaine public

L'identification du statut juridique des parcelles eut pour effet de révéler les droits et obligations de chacun des protagonistes de cette affaire. Se trouvant sur le domaine public maritime naturel, les activités menées dans les paillotes étaient constitutives d'utilisations privatives (CG3P, L. 2122-1). Les exploitants devaient conséquemment être regardés, au plus, comme des bénéficiaires d'autorisations d'occupation temporaire du domaine public. Compte tenu des critiques qui leur étaient adressées, il était assez justifié que des contraventions de grande voirie soient caractérisées à leur encontre.

D'abord, il leur était reproché de ne pas avoir respecté l'étendue des droits et obligations qu'ils tenaient de l'autorisation dont ils avaient pu bénéficier. Le juge administratif procéda opportunément à une lecture constructive des articles L. 2122-1 et L. 2132-3 du CG3P : sur le domaine public maritime, il est proscrit de bâtir ou réaliser quelque aménagement ou ouvrage que ce soit sans droit reconnu en ce sens. Autrement dit, « le bénéficiaire d'une autorisation d'occupation privative du domaine public maritime ne peut y réaliser des constructions non prévues par cette autorisation »[62] ; en matière de domaine public maritime, il convient de noter que le juge administratif ne voit en ces dispositions aucune contrariété à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du moins à ses articles 4[63], 2, 16, 17[64] et 8[65]. Le problème découle du fait que certains exploitants de paillotes n'avaient pas respecté ce principe, réalisant des constructions alors que cela leur avait été interdit (jugement n° 1800481), ou ne respectant pas l'étendue de leurs droits et

[62] dans le même sens : CE, 20 mai 1994, *Comité d'intérêt local de Champvert*, n° 106555.
[63] CE, 6 oct. 2010, *Muntoni*, n° 341537 : *AJCT* 2010. 167, obs. UNTERMAIER ; *RJEP* 2011, n° 10, note DELAUNAY ; *JCP A* 2011. 2239, chron. CHAMARD-HEIM.
[64] CE, 7 mars 2012, *Tomaselli*, n° 355009 : *AJDA* 2013. 236, note FOULQUIER ; *JCP A* 2012. 210, obs. ERSTEIN ; *JCP A* 2012. 2325, chron. CHAMARD-HEIM.
[65] CE, 30 mai 2012, *Bisogno*, n° 357694 : *AJDA* 2318, note TRAORE ; *JCP A* 2012. 389 obs. TOUZEIL-DIVINA ; *JCP A* 2013, n° 20, chron. CHAMARD-HEIM.

faisant plus que ce qu'il leur était permis de faire (jugement n° 1800392), ces deux cas étant constitutifs d'atteintes au domaine public justifiant une contravention de grande voirie (alors qu'à l'inverse, il n'était pas prouvé que des constructions nouvelles avaient été édifiées par les exploitants après la fin des autorisations, ce qui conduisit le juge à relaxer quelques-uns de ces prévenus de ce chef de poursuite). Dans la même veine, le juge administratif rappela que les travaux d'entretien courant des installations autorisées sont possibles dès lors qu'ils ne sont interdits ni par le code général de la propriété des personnes publiques ni par l'acte autorisant l'occupation temporaire du domaine (lequel se « bornait » en l'espèce à interdire les constructions nouvelles et les extensions de constructions existantes, v. jugement n° 1800392, mais aussi CE, 23 avr. 1975, *Vilain*, n° 88571).

Les exploitants de paillotes étaient aussi accusés de se maintenir sur le domaine public sans droit ni titre (jugements n° 1800612, n° 1800613, n° 1800614, n° 1800615, n° 1800616 et n° 1800617). Certes, ils avaient bien essayé de se prévaloir d'un titre, affirmant qu'ils occupaient régulièrement lesdites parcelles, mais le juge administratif ne fut guère convaincu. Selon ce dernier, les exploitants ne « justifie[nt] aucunement de l'existence d'un bail passé en la forme des baux commerciaux, qu'[ils] ne produi[sen]t d'ailleurs pas, et qui, contrairement à ce qu'[ils] affirme[nt], ne saurait se déduire de la seule mention par l'État dans ses écritures à l'occasion d'un précédent contentieux, de l'existence d'un « bail de location à loyers d'immeubles renouvelable par tacite reconduction » ». Il réaffirma ensuite l'impossibilité de tels contrats sur le domaine (v. *supra*) avant de reconnaître, enfin, que de tels actes ne sauraient non plus constituer des stipulations complétant les autorisations d'occupation du domaine public, précaires et révocables, lesquels devaient de toute façon être regardées comme ayant été résiliées au vu des faits. Cela dit, peut-être serait-il nécessaire de relativiser l'affirmation du juge selon laquelle « le caractère commercial d'une convention, fût-elle négociée, serait incompatible avec le régime du domaine public applicable à la parcelle DI 436 à compter du 5 janvier 1986 ». Au fond, le propos est juste ; mais il ne faut pas perdre de vue que la responsabilité de l'administration peut être engagée lorsqu'elle a induit son cocontractant en erreur et qu'elle lui a laissé croire qu'il occupait les lieux « dans les conditions prévues par la législation sur les baux commerciaux et qu'il avait droit soit au renouvellement de son bail, soit à une indemnité d'éviction »[66].

Pour l'essentiel, il résulte de ces éléments que les exploitants de paillotes étaient des occupants sans titre du domaine public devant être expulsés. Le juge ordonna sous astreinte une remise en l'état originel des lieux, ce qui impliquait une démolition de l'intégralité des constructions, annexes et installations édifiées sur la parcelle.

[66] CE, 23 janv. 1976, *Kergo*, n° 97342 : GDDAB, 2e éd., 2015. comm. 55, note YOLKA.

Les paillotes auront laissé bien peu de choses à la postérité si ce n'est, peut-être, cette idée vivifiée selon laquelle le domaine public maritime naturel est un espace où doivent être conciliés des intérêts multiples dans le respect du droit[67]. Triste épilogue pour ces paillotes-là, sans nul doute. Mais, en vérité, le juge ne dit pas qu'il n'est pas possible d'occuper le domaine public maritime naturel ; simplement, une telle chose n'est pas possible *en ces conditions*. La fin de chacune de ces histoires n'empêche donc aucunement le début d'autres.

Droit public des biens – redevance d'occupation du domaine public – préférence locale – gratuité – liberté du commerce et de l'industrie

Tribunal administratif de la Réunion, 2 mars 2017, *M. L. et Syndicat des marchés de France Réunion (SMFR) c/Commune du Tampon*, req. n° 1500906, 1501263

Romuald SEVAGAMY, ATER en droit public à l'Université de la Réunion

La préférence locale s'invite au Tribunal administratif de la Réunion. Si elle est souvent évoquée par rapport à la commande publique, la préférence locale peut également concerner la domanialité publique. Les personnes publiques peuvent en effet être tentées d'utiliser la gestion du domaine public comme un moyen de développement de l'économie locale. Le jugement commenté l'illustre bien. En l'espèce, par une délibération du 4 septembre 2015, le conseil municipal du Tampon avait fixé les tarifs d'occupation du domaine public pour la zone florale du « Florilèges 2015 ». Cette délibération prévoyait un tarif de 0,00 euro pour les *« horticulteurs producteurs locaux »* et un tarif minimal de 1656,00 euros pour tous les autres horticulteurs. L'occupation gratuite du domaine public au bénéfice des premiers visait, selon la commune, à soutenir la filière horticole locale. C'est cette différence tarifaire qui a conduit M. L. et le syndicat des marchés de France Réunion (SMFR) à demander l'annulation de cette délibération devant le juge administratif.

L'intérêt à agir des requérants ne posait pas de difficulté particulière pour le juge administratif, M. L étant commerçant fleuriste « non local » et le SMFR, représentant des commerçants qui exercent leur activité sur les marchés et à l'occasion de manifestations comme le Florilège.

En ce qui concerne la légalité interne de la délibération contestée, l'article L 2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) prévoit que *« toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 donne lieu au paiement d'une redevance sauf lorsque l'occupation ou l'utilisation concerne l'installation par l'État des équipements visant à améliorer la sécurité routière. Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être*

[67] J. CAILLOSSE, « Plaidoyer pour le domaine public maritime naturel », *RJE*, n° 4, 1990, p. 483-504.

délivrée gratuitement : 1° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous ; 2° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même ». Dès lors, sauf exception, toute occupation privative du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance[68]. Le juge administratif considère que la différence tarifaire, fondée sur *« l'origine géographique des horticulteurs »* était discriminatoire et ne pouvait *« se rattacher à un motif d'intérêt général ».* Dès lors, cette occupation gratuite, toute comme une redevance d'occupation excessive, porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie.

Par ailleurs, le juge souligne « qu'au surplus, la règle selon laquelle l'occupation privative du domaine public ne peut être autorisée à titre gratuit en dehors de certaines hypothèses inapplicables en l'espèce a également été méconnue ». La délibération litigieuse est ainsi annulée. Cette affaire montre à nouveau la nécessité de définir le « local » afin de permettre dans le respect du principe d'égalité, une meilleure prise en compte des besoins spécifiques des territoires.

10.7. FONCTION PUBLIQUE ET DROIT DU TRAVAIL

Fonction publique - Protection fonctionnelle - Présentation formelle de la demande - Mesures dans l'attente de la décision - Faute de l'administration - Préjudice moral

Tribunal administratif de La Réunion, 29 décembre 2017, *M. P c/SDIS de La Réunion*, req. n° 1600762

Tribunal administratif de La Réunion, 6 juillet 2017, *Mme D c/DEAL de La Réunion*, req. n° 1600642

Audrey DAMERON - Docteur en droit public - Membre associé du Centre de Recherche Juridique (CRJ)

L'article 11 du statut général de la fonction publique[69] prévoit le mécanisme de protection fonctionnelle. Il s'agit de la possibilité, pour l'agent public qui se trouve accusé ou victime de faits survenus à l'occasion ou en raison de ses fonctions[70], de bénéficier d'une protection par son employeur. Ce mécanisme a

[68] Sur les exceptions de gratuité, voir notamment N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 4è éd., 2018, spéc. pp. 374-376

69 Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires.

70 Pour un exemple d'attaque subie en dehors du service, mais liée aux fonctions, voir par exemple l'arrêt CAA Marseille, 20 avril 2018, *Mme A*, req. n° 16MA02220.

récemment été complété et étendu[71], tant par la loi dite « *déontologie* »[72] que par la loi dite « *pour une société de confiance* »[73].

Les deux décisions jurisprudentielles dont il sera question ici ont donné l'occasion au juge administratif de la rue Félix Guyon de rappeler, en la matière, les obligations tant du demandeur que de l'administration.

La première affaire oppose un sapeur-pompier professionnel, M. P, au Service départemental d'incendie et de secours (SDIS) de La Réunion. Le requérant attaque, devant le tribunal administratif, le refus implicite né du silence de l'administration sur sa demande formulée le 8 mars 2016. Le SDIS se défend en expliquant qu'aucune décision implicite de rejet n'a pu naître puisque la demande n'a pas respecté les formes requises. Les règles élémentaires de présentation formelle d'une demande de protection fonctionnelle seront donc rappelées en l'espèce. Ce rappel attire d'autant plus l'attention que le demandeur avait pris soin de passer par l'intermédiaire de son avocat.

La seconde affaire, qui oppose un attaché d'administration, Mme D, à la Direction de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement (DEAL) de La Réunion, rappelle les obligations de l'employeur public dans l'attente de la décision définitive à intervenir sur la demande de protection fonctionnelle.

Le rappel des règles formelles d'une demande de protection fonctionnelle. Si l'article 11 du statut général ne soumet la demande à aucune règle formelle, une circulaire du 5 mai 2008[74], certes visant les agents publics de l'État, dresse un panorama en grande partie transposable aux autres versants de la fonction publique.

Une demande n'identifiant pas les personnes concernées. D'une part, elle précise que la demande doit se formaliser « *par un courrier adressé au service compétent sous couvert de sa hiérarchie* ». Or en l'espèce, la demande n'a été formulée que par courriel. Pourtant adressé par le conseil de M. P, ce courriel ne comporte la mention, ni de la qualité d'avocat de l'auteur ni du statut de l'agent. En outre, le destinataire de la demande n'est pas clairement identifié.

Une demande n'identifiant pas les faits concernés. D'autre part, la circulaire indique que la demande « doit être motivée et apporter toutes précisions

71 J. BOUSQUET, « Le périmètre de la protection fonctionnelle des agents publics », Dr. adm., 2018, n° 11, p. 21.

72 Article 20 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

73 Article 73 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 *pour un État au service d'une société de confiance*.

74 Circulaire du 5 mai 2008 relative à la protection fonctionnelle des agents publics de l'État.

utiles sur les faits ou les poursuites pour éclairer l'administration dans sa prise de décision ». En effet, il relève d'une jurisprudence constante que la matérialité des faits doit être établie par l'agent (CAA Paris, 16 mai 1989, req. n° 89PA00078). En l'espèce, le courriel ne comporte aucune argumentation et se contente d'évoquer une plainte pénale pour discrimination, sans la joindre.

Une demande ne constituant pas une demande de protection fonctionnelle. Pour ces raisons, le juge administratif décide que le SDIS est fondé à soutenir que la demande n'a pas respecté les formes requises pour constituer une demande de protection fonctionnelle et qu'ainsi, aucune décision de refus de protection fonctionnelle n'est intervenue. La requête est donc rejetée comme étant sans objet, aucune des parties n'est condamnée aux frais irrépétibles.

Le rappel des obligations de l'employeur public dans l'attente de la décision définitive. L'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 met à la charge de l'employeur public une obligation de protection de ses agents : « *La collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté* ». Ainsi, même dans l'attente de sa décision définitive, il pèse sur l'employeur public une obligation de protection de ses agents. C'est ce que rappelle le juge administratif dans cette seconde affaire.

Une requête devenue sans objet sauf sur le volet indemnitaire. Madame D faisant l'objet d'agressions incessantes par l'une de ses subordonnées a déposé, le 25 février 2016, une demande de protection fonctionnelle auprès de son employeur, la DEAL, administration déconcentrée de l'État. Restant sans réponse, elle exerce un recours, tant sur le fond qu'en référé, contre ce refus implicite le 24 mai 2016. Une ordonnance rendue le 23 juin 2016 suspend la décision implicite de rejet et convainc finalement le ministère de lui accorder la protection fonctionnelle, par une décision en date du 25 août 2016. Par conséquent, les conclusions à fin d'annulation de la décision implicite de rejet se trouvent sans objet.

Des réactions de l'administration toutefois jugées insuffisantes. La requérante ne renonce toutefois pas à ses conclusions indemnitaires en vue d'obtenir réparation du préjudice qu'elle a subi pendant ce laps de temps : attaques diverses par le biais de courriers et courriels à caractère agressif, diffamatoire et menaçant, qui ne pouvaient « *en aucune manière être nié*[es] *par l'autorité administrative* ». Sont même versées au dossier deux plaintes, l'une du 1er février 2016 et l'autre du 6 mars 2016 qui, selon le juge, « *n'ont pas été réellement pris*[es] *en compte par l'administration* » puisque cette dernière s'est contentée d'infliger un blâme à l'agent visé, le 18 mars 2016, et de déposer une main courante le 20 avril 2016. Cette réaction est jugée insuffisante dans la mesure où non seulement Madame D a continué de subir des agressions, mais en outre, l'administration a refusé tout

éloignement physique de l'agent, « *se bornant à modifier son rattachement hiérarchique* ». Enfin, la décision de placement d'office de l'agent en congé de longue maladie n'a été prise que tardivement, le 25 juillet 2016, soit après l'ordonnance suspendant le refus implicite de protection fonctionnelle.

Par conséquent, malgré le blâme et le dépôt d'une main courante, et au vu du refus de tout éloignement physique et de la tardiveté du placement d'office de l'agent en congé longue maladie, l'administration a « *pris des mesures insuffisantes pour que soit assurée de manière concrète la protection de Madame D dans l'attente d'une décision de protection prise à l'échelon de l'administration centrale* ». Son comportement insuffisant fautif est donc établi.

Nous pouvons en déduire, *a contrario*, qu'une réaction suffisante de l'administration aurait consisté en un éloignement physique minimal entre les agents concernés, à titre conservatoire, puisque la situation était notoire. Ainsi, dès lors que les faits semblent établis, l'employeur public ne peut pas se réfugier derrière la structure particulière de son organisation - en l'espèce : autorité déconcentrée de l'État - pour tarder à protéger un agent. Il commet une faute en n'agissant pas[75].

Néanmoins, la requérante ne se voit reconnaître un préjudice moral qu'à hauteur de 1000 euros et n'obtient pas la condamnation de l'État aux frais irrépétibles. Cette victoire en demi-teinte présente donc davantage une portée symbolique.

Fonction publique - Responsabilité pour faute – Obligation de reclassement – Principe général du droit

Tribunal administratif de La Réunion, 18 mai 2017, *Mme M.*, req. n° 1500138.

Fleur DARGENT, Docteur en droit public, Aix-Marseille Université

Si les agents contractuels de la fonction publique disposent d'un statut plus précaire que celui des fonctionnaires, ils bénéficient, en matière de reclassement pour inaptitude professionnelle, des mêmes garanties que les agents titulaires.

Mme M. est maître contractuel dans un établissement privé catholique de Saint-Denis. À la suite d'une affection ne lui permettant plus de travailler debout de façon prolongée, elle a été placée en congé de longue maladie à compter du 2 janvier 2004. Le 7 juin 2006, le comité médical a émis un avis défavorable à la prolongation

75 La carence fautive de l'administration est de longue date reconnue par le juge administratif dès lors qu'elle est tenue d'agir. Pour des exemples récents, voir les arrêts CAA Marseille, 13 mars 2018, *Époux R c/Cne de Six-Fours-les-Plages*, req. n° 17MA04122 ; CE, 9 novembre 2018, *Association La Vie Dejean*, req. n° 411626.

du congé de longue maladie à compter du 2 janvier 2006. Le 23 octobre 2006, le recteur de l'académie de la Réunion a refusé à Mme M. le bénéfice de cette prolongation. Toutefois, le 8 mars 2011, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a estimé que le titre émis le 13 décembre 2006 en vue du recouvrement du trop-perçu de traitement résultant de la remise en cause du droit au congé de longue maladie était illégal, au motif notamment que « *Mme M. était, par suite de l'altération de son état physique, inapte à l'exercice de ses fonctions d'enseignant d'EPS* ». Par conséquent, le refus de prolongation du congé maladie résulte d'une mauvaise application des textes.

Entre-temps, un avis du comité médical départemental du 4 juillet 2007, confirmé par un avis du comité médical supérieur du 18 décembre 2007, a considéré que Mme M. n'était pas empêchée d'exercer toute activité et qu'une reprise d'activité sur un poste aménagé était envisageable, excluant ainsi une éventuelle mise en disponibilité.

Souhaitant une reconversion dans le domaine des arts plastiques, Mme M. a formulé des demandes en ce sens dès le 11 décembre 2006. Ces demandes ont été rejetées par le recteur qui a informé Mme M., le 23 octobre 2007, qu'au vu des moyens disponibles, une reconversion professionnelle ou un aménagement de poste n'étaient pas envisageables.

Nonobstant ce refus, Mme M. a réitéré sa demande de reclassement le 22 mars 2010, puis avec le concours d'un avocat les 11 juillet 2011, 12 avril 2013 et 29 août 2014, assorties de demandes indemnitaires fondées sur la faute de l'administration pour n'avoir pas proposé de reclassement depuis 2006. En l'absence de réponse, elle a saisi le tribunal afin de contester les décisions de refus implicites de reclassement consécutives aux demandes des 11 juillet 2011, 12 avril 2013 et 29 août 2014, et de demander la condamnation de l'Etat à lui verser des indemnités de 316 815 euros, 138714 euros et 10 000 euros.

Constatant que ces décisions implicites de rejet n'ont pas été contestées dans le délai de deux mois, le recours n'ayant été présenté que le 6 février 2015 devant le tribunal, le tribunal estime que conclusions tendant à leur annulation doivent être considérées comme irrecevables. En revanche, le tribunal peut se prononcer sur les conclusions indemnitaires, dans la mesure où la recherche de responsabilité relève d'un recours de plein contentieux, pour lequel le requérant n'est forclos qu'à l'issue d'un délai de deux mois suivant la notification expresse de rejet.

Le tribunal administratif rappelle un principe général du droit « dont s'inspirent tant les dispositions du Code du travail relatives à la situation des salariés qui, pour des raisons médicales, ne peuvent plus occuper leur emploi, que des règles statutaires applicables dans ce cas aux fonctionnaires et autres agents publics » qui dispose que lorsqu'un agent ne peut plus occuper un emploi pour raisons médicales,

il doit être reclassé dans un autre emploi et, en cas d'impossibilité pour l'employeur, il appartient à celui-ci de prononcer dans les conditions prévues pour l'intéressé, son licenciement.

La solution retenue par le tribunal administratif est très classique. Elle reprend les acquis d'une solution dégagée par le Conseil d'État le 2 octobre 2002[76] qui a, depuis, été enrichie par de nombreuses jurisprudences. Ce principe général du droit, s'applique tant aux fonctionnaires qu'aux agents contractuels de la fonction publique[77] et, dans le cas d'espèce, aux maîtres contractuels de l'enseignement privé, désormais régis par les articles R. 914-1 et suivants du code de l'éducation.

En 2017, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser la mise en œuvre de ce principe général du droit, qui « implique que l'employeur propose [à l'agent intéressé] un emploi compatible avec son état de santé et aussi équivalent que possible avec l'emploi précédemment occupé ou, à défaut d'un tel emploi, tout autre emploi si l'intéressé l'accepte ; [[...] dans le cas où] ce reclassement est impossible [faute] d'emploi vacant [ou si] l'intéressé refuse la proposition qui lui est faite, il appartient à l'employeur de prononcer, dans les conditions applicables à l'intéressé, son licenciement ». Cet arrêt[78], rendu le lendemain du jugement commenté, doit guider l'administration dans son obligation de reclassement du salarié ou, à défaut, de licenciement.

Il résulte de ces dispositions que, saisie par un requérant qui invoque la responsabilité de l'État pour faute, la juridiction devra rechercher si l'administration a bien rempli son obligation de reclassement et si, le cas échéant, le licenciement prononcé est justifié.

En l'espèce, le recteur, dans sa décision du 23 octobre 2007, s'est borné à invoquer un manque de moyens disponibles qui ne lui aurait pas permis de proposer une reconversion professionnelle ou un aménagement de poste à Mme M.. Les demandes de la requérante visant une reconversion dans le domaine des arts plastiques seraient, selon le recteur, trop difficiles à satisfaire. Toutefois, le tribunal constate que l'intéressée n'a pas été priée de reformuler sa demande et l'administration ne lui a pas proposé une offre concrète de reclassement dont les modalités auraient été définies en fonction de l'intérêt du service et de ses aptitudes. En d'autres termes, l'employeur était tenu de formuler au moins une proposition à l'intéressé, et ne pas se borner à lui refuser le souhait qu'elle a émis. Les textes et la jurisprudence ne précisent pas le nombre d'offres de reclassement que l'administration est tenue de soumettre à un agent contractuel,[79] mais le juge a

[76] CE, 2 octobre 2002, *CCI de Meurthe-et-Moselle*, req. n° 227868.
[77] CE, 26 février 2007, *ANPE*, req. n° 276863 ; CAA Paris, 15 avril 2008, req. n° 06PA00615.
[78] CE, 19 mai 2017, *M. A.*, req. n° 397577.
[79] Les dispositions de l'art. 6 du décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 mentionnent *une* offre (nous soulignons).

récemment eu l'occasion de préciser que la mesure pertinente en la matière était la caractérisation d'une recherche sérieuse de reclassement, davantage que le nombre d'offres proposées[80].

L'étendue de l'obligation qui incombe à l'administration a été plusieurs fois précisée. S'il n'est pas possible pour l'employeur de se borner à évoquer une impossibilité de reclassement[81], la jurisprudence considère implicitement que « *l'obligation de reclassement ne peut porter que sur des postes existants et ne saurait aller jusqu'à obliger l'administration à créer un poste pour reclasser un agent* »[82]. En outre, un arrêt très récent du Conseil d'État est venu préciser que l'employeur public peut être exonéré de son obligation de proposer un reclassement « *si l'agent manifeste expressément sa volonté non équivoque de ne pas reprendre une activité professionnelle* »[83].

En l'espèce, parce qu'ils n'ont pas permis à Mme M. de bénéficier d'un reclassement alors que sa volonté a été clairement exprimée dès 2006 et réitérée à plusieurs reprises jusqu'en 2014, « *les services du rectorat doivent se voir imputer une attitude négligente et gravement fautive, de nature à engager la responsabilité de l'Etat* ». L'employeur a donc méconnu ses obligations qui découlent du principe général du droit mentionné et, plus récemment, des dispositions de l'article R. 914-81 du code de l'éducation issues du décret du 19 décembre 2008.

En faisant une exacte application de la jurisprudence traditionnelle et protectrice du Conseil d'État en matière de reclassement d'agents contractuels pour inaptitude professionnelle, le tribunal administratif a rappelé à l'administration qu'elle devait prendre une part active dans cette procédure avant d'envisager un éventuel licenciement.

[80] CE, 30 mai 2016, *Mme A.*, req. n° 387338.
[81] V. par ex. CAA Nancy, 6 avril 2006, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, req. n° 04NC00114.
[82] E. ORIO, « Licenciement pour inaptitude physique : l'obligation de reclassement va-t-elle jusqu'à l'obligation de créer un poste adapté ? », *AJFP* 2018, p. 78.
[83] CE, 25 mai 2018, *M. A.*, req. n° 407336.

Harcèlement moral – Fonction publique d'État – Fonction publique territoriale – Reconnaissance – Responsabilité – Protection fonctionnelle

Tribunal Administratif de Saint-Denis de La Réunion, 27 avril 2017, *M. Aure*, req. n° 1500570 ; Tribunal Administratif de Saint-Denis de La Réunion, 26 oct. 2017, *M. O*, req. n° 1501030

Justine MACARUELLA, Doctorante en droit privé

La reconnaissance juridictionnelle du harcèlement moral dans la fonction publique demeure suffisamment rare[84] pour qu'il soit porté un intérêt particulier aux décisions sanctionnant la commission de tels faits par l'administration. Par deux décisions rendues en avril[85] et octobre 2017[86], le Tribunal Administratif de Saint-Denis a condamné le Service Départemental d'Incendie et de Secours de La Réunion, d'une part, et l'État, d'autre part, à indemniser deux agents publics pour les faits de harcèlement moral subis à l'occasion de leurs fonctions à hauteur, respectivement, de 5 000 € et 10 000 €[87]. Ces deux décisions donnent un aperçu pédagogique du raisonnement suivi par le juge et des éléments de fait susceptibles de caractériser des agissements de harcèlement moral.

Il est fait application, dans chacune de ces décisions, de la méthode en trois temps dégagée par le Conseil d'État pour la reconnaissance du harcèlement moral[88] : l'agent soutenant avoir été victime de harcèlement moral doit rapporter des éléments de fait susceptibles de faire naître une présomption de harcèlement, que l'administration peut renverser en démontrant que les agissements en cause étaient justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement. Ainsi, les faits justifiés par l'intérêt général (dont l'intérêt du service) ou n'excédant pas les limites de l'exercice normal du pouvoir hiérarchique seront insusceptibles d'être qualifiés de harcèlement moral.

La qualification du harcèlement moral relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. En l'espèce, les deux décisions rendues par le Tribunal administratif rendent compte d'un contrôle approfondi par le juge. Celui-ci examine chaque élément de fait invoqué par l'agent public avant d'en déduire la présomption de harcèlement pour ensuite examiner si l'administration parvient à la renverser. En

---

[84] CE, 30 décembre 2011, *Cne Saint-Peray*, req. n° 332366, JCPA 2012, n° 6, note M. TOUZEIL-DIVINA, « L'impossible reconnaissance juridictionnelle du harcèlement moral et professionnel ».

[85] TA La Réunion, 27 avril 2017, *M. Aure*, req. n° 1500570.

[86]; TA La Réunion, 26 octobre 2017, *M. O*, req. n° 1501030.

[87] Ces montants sont relativement importants, particulièrement en ce qui concerne le préjudice chiffré à hauteur de 10 000 €. Pour un panorama jurisprudentiel des sommes allouées aux agents publics en cas de reconnaissance du harcèlement moral par l'administration : Y.-E. LOGEAIS, « Harcèlement moral et droit public : aperçu de la jurisprudence administrative », Lamy des Collectivités Territoriales 2011, n° 73, p. 53-61.

[88] CE, 11 juillet 2011, *Mme Montaut*, req. n° 321225, JCPA 2011, n° 30-24, note J.-G. SORBARA ; AJDA 2011, n° 36, note M. GUYOMAR ; AJFP 2012, n° 1, note R. FONTIER ; RDT 2011, n° 10, note P. ADAM ; AJCT 2011, n° 10, note L. DERRIDJ.

outre, il apparaît nettement que si les faits invoqués par l'agent s'apprécient logiquement *in globo* – s'agissant d'une méthode de présomption par faisceau d'indices[89] –, l'administration est en revanche tenue de rapporter la preuve que les agissements sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement pour chacun des faits invoqués par l'agent public. Une justification partielle des agissements ayant fait naître la présomption de harcèlement moral ne peut donc suffire à écarter la responsabilité de l'administration[90], alors qu'à l'inverse celle-ci peut être condamnée lorsque l'agent est seulement *« dans une large mesure, fondé à soutenir qu'il a subi pendant une longue période des faits de harcèlement moral »*[91]. La méthode étant clairement favorable à l'agent public, l'analyse de ces deux décisions révèle que pour autant, tous les faits allégués par ce dernier ne sont pas susceptibles d'être pris en compte dans le cadre du faisceau d'indices.

Ces deux décisions présentent un éclairage intéressant sur les faits susceptibles de caractériser des agissements de harcèlement moral (**I**) et sur les faits insusceptibles de faire naître la présomption au profit de l'agent public (**II**).

I.- Les faits susceptibles de caractériser des agissements de harcèlement moral

Les faits susceptibles d'être pris en compte au titre du harcèlement moral ne sont pas énumérés limitativement. Il s'agit pour l'agent de rapporter des agissements répétés *« qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel »*[92]. Les faits étaient dans ces deux affaires particulièrement nombreux, graves et précis, l'absence de justification apportée par l'administration ne les rendant que plus accablants. Ont ainsi permis d'engager la responsabilité du Service Départemental d'Incendie et de Secours[93] : la dégradation des conditions de travail résultant d'un retrait progressif de responsabilités, l'inertie de la hiérarchie à l'égard du travail présenté par l'agent dans le cadre de ses fonctions, un transfert des responsabilités à un autre agent, les refus injustifiés aux demandes de formation, le retrait du véhicule de fonction, du téléphone portable et d'une partie du mobilier et du matériel de l'agent, le changement de serrure du bureau pour y installer un autre agent durant les congés de maladie, la reconnaissance de l'imputabilité au service des congés de maladie à plusieurs reprises et enfin, la suppression injustifiée d'une prime. S'agissant de la

[89] L'agent doit rapporter « un faisceau d'indices suffisamment probants pour permettre de regarder comme au moins plausible le harcèlement » : CE, 1er octobre 2014, req. n° 366002 ; AJDA 2014, n° 34, note C. BIGET ; AJFP 2015, n° 1, note F. LAMBOLEZ.
[90] TA La Réunion, 26 octobre 2017, *M. O*, req. n° 1501030, cons. 5.
[91] *Ibid*, cons. 6.
[92] Article 6 quinquies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite loi « Le Pors », *JORF* du 14 juillet 1983, p. 2174.
[93] TA La Réunion, 27 avril 2017, *M. Aure*, req. n° 1500570.

responsabilité de l'État[94], elle a été engagée au regard de : l'absence de soutien de l'agent face à des difficultés rencontrées dans l'accomplissement de ses fonctions, le dénigrement de l'agent, enseignant, devant les autres membres de la communauté éducative et devant les élèves, l'opposition injustifiée aux initiatives de l'agent pourtant légitime au regard de son statut, l'attitude vindicative de la direction à la suite d'incidents ayant conduit l'agent à commettre des gestes agressifs, particulièrement envers lui-même, dont l'imputabilité au service a été reconnue tardivement malgré l'avis favorable de la commission de réforme, la nouvelle reconnaissance tardive de l'imputabilité au service d'un geste suicidaire et enfin, un changement d'affectation non conforme à son statut.

Dans ces deux affaires, les agents publics avaient sollicité la protection fonctionnelle pour les faits allégués de harcèlement moral. L'un se l'était vue octroyer tardivement, l'autre avait essuyé un refus. Le Tribunal ne mentionne pas explicitement la reconnaissance tardive ou le refus de la protection fonctionnelle à l'agent public au titre des faits susceptibles de caractériser la présomption de harcèlement moral. Néanmoins, il rappelle dans un cas qu'à l'occasion de l'audience, il a été précisé qu'une demande de protection fonctionnelle pour harcèlement moral présentée en 2014 n'a été accueillie qu'en 2017[95] et juge que l'agent *« est fondé à soutenir qu'il a subi pendant plusieurs années des faits de harcèlement moral au sens de l'article 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 et que, dans la mesure notamment où son employeur a tardé à lui apporter le soutien nécessaire, le comportement du SDIS est constitutif d'une faute de nature à engager sa responsabilité »*[96] . Dans l'autre cas, le Tribunal juge que l'agent *« est, dans une large mesure, fondé à soutenir qu'il a subi pendant une longue période les faits de harcèlement moral au sens de l'article 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 ; que, dès lors notamment que son employeur ne lui a pas apporté le soutien nécessaire, particulièrement au moment où il a expressément sollicité la protection fonctionnelle, il est fondé à rechercher la responsabilité de l'État au titre du comportement fautif de l'administration »* [97]. C'est donc *in fine*, après avoir établi que l'administration n'était pas parvenue à apporter la preuve que les agissements en cause étaient étrangers à tout harcèlement que le Tribunal évoque l'attitude de l'administration dans le cadre de la demande de protection fonctionnelle, mais pour la considérer comme fautive. Cette motivation mérite d'être analysée à l'aune de la jurisprudence récente du Conseil d'État.

Il est aujourd'hui acquis que les faits de harcèlement moral ouvrent droit au bénéfice de la protection fonctionnelle[98]. Aussi il est fréquent dans la pratique que

[94] TA La Réunion, 26 octobre 2017, *M. O*, req. n° 1501030.
[95] TA La Réunion, 27 avril 2017, *M. Aure*, req. n° 1500570, cons. 2.
[96] TA La Réunion, 27 avril 2017, *M. Aure*, req. n° 1500570, cons. 3.
[97] TA La Réunion, 26 octobre 2017, *M. O*, req. n° 1501030, cons. 6.
[98] Article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *ibid*.

l'administration, niant les faits de harcèlement moral, n'accorde pas la protection fonctionnelle demandée pour tels faits, craignant que l'octroi de la protection fonctionnelle ne soit assimilé à un aveu implicite des faits allégués par l'agent dans le cadre d'un recours en responsabilité. Le contentieux du harcèlement moral des agents publics s'étend en effet sur deux volets : un recours en excès de pouvoir contre la décision de refus de protection fonctionnelle et un recours de plein contentieux indemnitaire en réparation du préjudice résultant des faits de harcèlement moral. Or, le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de préciser que l'obligation de protection fonctionnelle et de réparation, le cas échéant, du préjudice subi par les faits l'ayant justifiée, *« n'ont pas pour objet d'instituer un régime de responsabilité de la collectivité publique à l'égard de ses agents »*[99]. Ainsi pour le juge administratif, la décision d'octroyer la protection fonctionnelle à un agent public ne s'assimile pas à la reconnaissance par l'administration du harcèlement moral[100] et l'agent public qui bénéficie de la protection fonctionnelle pour des faits de harcèlement moral peut rechercher la responsabilité de l'administration pour ces mêmes faits[101]. En définitive, si le refus de protection fonctionnelle n'est pas susceptible d'être sanctionné par un régime de responsabilité spécifique, l'octroi de la protection fonctionnelle ne fait pas obstacle à l'engagement de la responsabilité de l'administration à raison des faits pour lesquelles elle a été octroyée, dans les conditions requises par les régimes de responsabilité traditionnels – dont la responsabilité pour faute à raison d'agissements de harcèlement moral.

Pour autant, le refus ou l'octroi tardif de la protection fonctionnelle constitue bien en l'espèce un fait fautif permettant l'engagement de la responsabilité de l'administration. C'est ainsi un moyen indirect de compter ce refus ou cet octroi tardif parmi les faits susceptibles de caractériser des agissements de harcèlement moral. Cette prise en compte renforce en l'espèce la présomption de harcèlement. Cette solution, à la faveur de l'agent public, est bienvenue en ce qu'elle encourage les personnes publiques à octroyer la protection fonctionnelle. Elle est également pragmatique en ce qu'elle permet, dans un contentieux où l'intention de nuire n'a jamais été explicitement requise par le Conseil d'État[102], de tenir compte de

---

[99] CE, 20 mai 2016, *Hôpitaux civils de Colmar*, req. n° 387571, *AJDA* 2016, note C. BIGET.

[100] Sur la possible abrogation de la protection fonctionnelle après que les juges du fond aient jugé de l'absence de harcèlement moral : CAA Paris, 30 mai 2017, req. n° 16PA02752.

[101] CE, 20 mai 2016, *Hôpitaux civils de Colmar*, req. n° 387571, *op. cit*.

[102] Le Conseil d'État a seulement considéré que le harcèlement ne pouvait être constitué, les éléments de fait présentés par l'agent ne pouvant être regardés comme de nature à constituer une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'administration, parmi lesquels un retard dans le remboursement de frais de mission et dans la notification de la notation ainsi qu'une erreur dans le décompte des jours de congés, dont « le caractère intentionnel de ces incidents n'[était] pas établi : CE, 26 oct. 2007, *M. Piquer*, req. n° 291201 ; AJFP *2008*, n° 3, note V. RENAUDIE ; v. également M. GUYOMAR, « La victime d'un harcèlement moral ne peut en être jugée responsable », *AJDA* 2011, n° 36, p. 2073-2082 : *« l'intention de nuire de l'auteur du harcèlement ne constitue pas un critère nécessaire à sa qualification »*.

l'absence de soutien de l'agent par son administration. Cette dernière est d'ailleurs non seulement tenue de faire cesser ou réparer les atteintes subies par l'agent, mais elle est également invitée à les prévenir[103].

II.- Les faits insusceptibles de faire naître la présomption de harcèlement moral

Certains faits n'ont pas, en l'espèce, été pris en compte au titre du faisceau d'indices permettant de faire naître la présomption de harcèlement moral. À défaut de caractériser des agissements répétés ayant *« pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel »*[104], qui ne peuvent être justifiés par l'intérêt du service ou l'exercice normal du pouvoir hiérarchique, les faits allégués par l'agent ne seront pas susceptibles de caractériser le harcèlement moral. Si le juge peut donc écarter certains faits dans son opération de qualification, le raisonnement choisi par le juge pour ce faire soulève quelques interrogations au regard de la charge de la preuve qui est en la matière partagée.

Nonobstant la reconnaissance de la responsabilité de l'État, le Tribunal a jugé qu'il n'y avait *« pas lieu de prendre en compte, au titre de la présomption de harcèlement moral »*, certains faits invoqués par le requérant, en ce que l'administration les avait justifiés *« par des éléments objectifs à l'égard de la situation de l'intéressé »*[105]. C'est semble-t-il modifier les modalités du partage de la preuve, puisque c'est en principe une fois la présomption admise au profit de l'agent sur la base des faits exposés qu'*« il incombe à l'administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement »*[106], notamment en prouvant que les faits se rapportent à l'exercice normal du pouvoir hiérarchique. L'examen des justifications apportées par l'administration intervient en principe, selon la méthode dégagée par le Conseil d'État, une fois la présomption admise et non *« au titre »* de la présomption c'est-à-dire pour déterminer si celle-ci est admise ou non au profit du requérant. Or, n'ont pu ici concourir à l'établissement de la présomption, ni la non-attribution de la majoration de traitement lors des périodes de congé maladie dans la mesure où la majoration est exclue en l'absence d'accomplissement effectif des fonctions, ni la non-communication d'un document

[103] Circulaire du 4 mars 2014 relative à la lutte contre le harcèlement dans la fonction publique, NOR RDFF1407012C ; circulaire du 3 avril 2017 relative à la mise en œuvre de la politique d'égalité, de lutte contre les discriminations et de promotion de la diversité dans la fonction publique NOR RDFF1710873C.
[104] Article 6 quinquies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite loi « Le Pors », *JORF* du 14 juillet 1983, p. 2174.
[105] TA La Réunion, 26 octobre 2017, *M. O*, req. n° 1501030, cons. 5.
[106] CE, 11 juillet 2011, *Mme Montaut*, *op. cit*.

administratif dont la légalité a été reconnue par décision de justice, ni l'absence de notation de l'agent dès lors que *« cette circonstance étant justifiée par l'administration par des éléments objectifs à l'égard de la situation de l'intéressé »*[107]. De tels faits sont théoriquement susceptibles de se rattacher à l'exercice du pouvoir hiérarchique : la justification de l'administration aurait dû intervenir une fois la présomption établie.

La motivation ne laissant pas apparaître clairement les différentes étapes correspondant à l'admission de la présomption et à son éventuel renversement, le Tribunal semble ajouter à la méthode de qualification du harcèlement moral dégagée par le Conseil d'État une condition tenant à la nature des faits susceptibles d'être pris en compte au titre de la présomption. Il y aurait ainsi lieu de distinguer et d'exclure, parmi les faits invoqués par l'agent pour tenter de faire naître la présomption de harcèlement moral, les faits justifiés (en l'espèce) par l'application pure et simple de dispositions légales ou de décisions ayant autorité de chose jugée, qui ne pourraient pas être prises en compte pour établir la présomption de harcèlement moral au profit de l'agent. Le raisonnement conduirait alors à complexifier la méthode de qualification du harcèlement moral : il faudrait effectuer un premier « tri » parmi les faits invoqués par l'agent, avec toute l'insécurité juridique liée à la question de la nature des faits à écarter au stade de l'examen du faisceau d'indices. S'agit-il de faits justifiables par des considérations « objectives » - et notamment de pure légalité objective ? Ou encore d'éléments dont on peut déduire l'absence d'intention de nuire ? Seraient-ce des faits manifestement insusceptibles de constituer des agissements constitutifs de harcèlement moral ? La Cour administrative d'appel de Bordeaux, devant qui un appel a été formé, aura peut-être l'occasion de se prononcer sur la question.

Droit de la fonction publique – fonction publique de l'État – accident de service – fait personnel – tentative de suicide – agent public

Tribunal administratif de la Réunion, 29 octobre 2017, *Mme P. c/Recteur de l'Académie de la Réunion,* req. n° 1600883

Romuald SEVAGAMY, ATER en droit public à l'Université de la Réunion

Une tentative de suicide peut-elle être un accident de service ? Telle était la question posée au Tribunal administratif de la Réunion. En l'espèce, Mme P., attachée principale avait demandé le bénéfice du régime des accidents de service en raison de sa tentative de suicide du 10 septembre 2015. L'article 34 de la loi du 11 janvier n° 84-16, alors applicable, prévoyait qu'en cas de maladie résultant d'un accident de service, *« le fonctionnaire conserve l'intégralité de son traitement*

[107] TA La Réunion, 26 octobre 2017, *M. O,* req. n° 1501030, cons. 5.

jusqu'à ce qu'il soit en état de reprendre son service ou jusqu'à sa mise à la retraite […] ». Mais, le recteur de l'académie de la Réunion, par une décision du 12 juillet 2016, refusa de reconnaître que son « geste suicidaire »[108] était imputable au service. Ce refus était fondé sur le fait que la tentative de suicide était liée à une faute professionnelle qui avait pour effet de la détacher du service. La requérante demandait donc au Tribunal administratif d'annuler la décision de refus du recteur et d'enjoindre celui-ci à en prendre une nouvelle dans un délai de quinze jours à compter du jugement.

La question de l'imputabilité du geste suicidaire au service a connu une évolution favorable aux agents publics. Auparavant, le juge administratif traitait *« le geste suicidaire de manière doublement dérogatoire par rapport au droit commun des accidents de service »*[109]. D'une part, au-delà d'un « lien direct » avec le service, le geste suicidaire devait trouver sa « cause déterminante » dans le service[110]. Le juge administratif appliquait comme en contentieux de la responsabilité, la théorie de la causalité adéquate selon laquelle tous les faits à l'origine d'un dommage ne se valent pas. Autrement dit, dès lors qu'il ne constituait pas la « cause déterminante » du geste suicidaire, le service, bien qu'il puisse en être une « cause secondaire », était neutralisé par le juge[111]. D'autre part, le fait que le geste suicidaire soit survenu sur le lieu de travail et pendant le service était sans incidence sur le raisonnement du juge. Cet état du droit *« reposait sur l'idée première que, résultant d'un acte volontaire, le geste suicidaire constituait un fait personnel de l'agent »*[112]. Par conséquent, les agents publics n'étaient, dans l'ensemble, pas protégés par leur administration contre le risque de geste suicidaire. En effet, *« dire qu'un accident est imputable au service, ce n'est pas tellement affirmer qu'il trouve sa cause dans le service ; c'est seulement reconnaître qu'il constitue la réalisation d'un risque qui est au nombre de ceux que l'employeur doit prendre à sa charge »*[113].

Mais depuis un arrêt de Section du 16 juillet 2014[114], dont le considérant de principe est rappelé par le Tribunal administratif, *« un accident survenu sur le lieu et dans le temps du service, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice par un fonctionnaire de ses fonctions ou d'une activité qui en constitue le prolongement*

---

[108] Le « geste suicidaire » est ici entendu de façon large en incluant « le suicide, la tentative de suicide et, quitte à étendre le sens de l'expression au-delà de sa lettre, toutes les autres hypothèses de violence retournée contre soi ». V. DAUMAS, concl. sur CE, Sect., 16 juillet 2014, *Mme. G.*, req. n° 361820.

[109] V. DAUMAS, *précité*

[110] Ibid.

[111] En ce sens, A. BRETONNEAU, J. LESSI, « L'imputabilité au service du suicide d'un fonctionnaire », *AJDA* 2014, p. 1706.

[112] S. JOLY, « Geste suicidaire et accident de service : l'apport du juge administratif », *RDSS* 2018 p. 613.

[113] V. DAUMAS, *précité.*

[114] CE, Sect., 16 juillet 2014, *Mme. G.*, req. n° 361820. *AJDA* 2014, p. 1706.

normal présente, en l'absence de faute personnelle ou de toute autre circonstance particulière détachant cet évènement du service, le caractère d'un accident de service ; qu'il en va ainsi lorsqu'un suicide ou une tentative de suicide intervient sur le lieu et dans le temps du service, en l'absence de circonstances particulières le détachant du service ; qu'il en va également ainsi, en dehors de ces hypothèses, si le suicide ou la tentative de suicide présente un lien direct avec le service ; qu'il appartient dans tous les cas au juge administratif, saisi d'une décision de l'autorité administrative compétente refusant de reconnaître l'imputabilité au service d'un tel évènement, de se prononcer au vu des circonstances de l'espèce ».

Deux hypothèses doivent désormais être distinguées. S'il intervient sur le lieu et dans le temps du service, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions, le suicide ou la tentative de suicide est présumé être un accident de service[115]. S'il intervient en dehors du service, le geste suicidaire doit alors présenter un lien direct avec le service pour être un accident de service. À chaque fois, l'existence d'une faute personnelle ou d'une circonstance particulière peut avoir pour effet de détacher le geste suicidaire du service.

En l'espèce, les faits se rattachaient à la deuxième hypothèse puisque la tentative de suicide de la requérante a eu lieu à son domicile en dehors de son temps de service. Pour refuser à la requérante le bénéfice du régime des accidents de service, *« le recteur de l'académie de la Réunion s'est fondé sur la circonstance que le geste de l'intéressée est survenu dans le contexte d'une faute professionnelle reprochée à l'intéressée et que cette faute est de nature à détacher son geste du service »*. La requérante avait en effet, été convoquée à *« un entretien lors duquel ses supérieurs hiérarchiques lui ont demandé des explications sur les circonstances dans lesquelles elle avait été amenée à établir des actes administratifs concernant un proche sans validation hiérarchique »*. Pour autant, le Tribunal administratif fait droit à la requête de l'agent public en jugeant que son geste suicidaire était *« directement imputable à l'accomplissement de ses fonctions »*.

Deux éléments en particulier, semblent avoir emporté la conviction du juge administratif quant au lien direct entre le service et le geste suicidaire. D'une part, le fait que la tentative de suicide ait eu lieu peu de temps après cet entretien et d'autre part, l'avis de la commission de réforme, établi sur la base d'une expertise psychiatrique. Par ailleurs, le juge administratif estime que quand bien même les faits reprochés à la requérante seraient constitutifs d'une faute, cette circonstance, à la supposer avérée, *« n'est pas de nature à révéler en l'espèce l'existence d'un accident qui serait la conséquence directe d'une faute personnelle de l'agent »*. La solution du Tribunal administratif et plus largement la jurisprudence administrative, semblent particulièrement favorables à l'agent public dans la mesure où *« seule*

[115] Cette présomption simple a été par la suite consacrée l'article 10-II de l'ordonnance n° 2017-53 du 19 janvier 2017.

l'origine exclusivement personnelle de la conduite suicidaire permettrait d'écarter la qualification d'accident de service »[116].

10.10. URBANISME

Urbanisme, retrait de permis de construire, sans délai, fraude, capacité de la gérance, condamnation pour banqueroute

Tribunal administratif de La Réunion, 18 mai 2017, req. n° 150110820.

Josselin RIO, Doctorant en droit public

Le principe de sécurité juridique en droit de l'urbanisme rencontre une limite dans la manœuvre frauduleuse destinée à l'obtention d'une autorisation d'urbanisme. Dans la présente décision, un permis de construire délivré en 2010 s'est vu prorogé en 2012 par la mairie de Saint-Denis. Après signalement au maire par un tiers d'une fraude du bénéficiaire du permis de construire celui-ci est retiré en 2015. La société bénéficiaire du permis et de sa prorogation attaque alors l'arrêté de retrait du maire devant le tribunal administratif de La Réunion. Le juge administratif a alors à apprécier la légalité d'un retrait se fondant sur la dissimulation d'une servitude de passage aux services de l'urbanisme ainsi que de l'incapacité du gérant de la société bénéficiaire du permis. Le juge ne retient pas la dissimulation de la servitude de passage pour justifier un retrait 3 ans après la prorogation du permis (soit 4 ans après l'obtention du permis de construire). La décision ne donne pas suffisamment d'éléments pour appréhender les raisons de l'insuffisance de ce moyen. On ne peut que supposer qu'elle n'avait soit pas été frauduleuse, soit qu'elle n'avait pas impacté la décision de l'administration, la réglementation urbanistique ou les droits et avantages du bénéficiaire du permis. En revanche, le juge administratif n'annule pas le retrait, car celui-ci est justifié par l'incapacité du gérant. Le juge développe alors l'origine de l'incapacité (I), mais n'explique pas l'atteinte au principe de sécurité juridique qui en découle (II).

I.- Une incapacité autonome dans la gestion des sociétés de construction

Le gérant de la société avait subi une condamnation en 2009 à une peine d'emprisonnement avec sursis pour un délit de banqueroute.

Cependant, la Société soutient que cette condamnation n'avait pas été accompagnée d'une peine complémentaire visant « l'interdiction de gérer, d'administrer ou contrôler toute entreprise commerciale, artisanale, agricole et toute personne morale pour une durée de cinq ans » (considérant 3 de la décision

[116] S. JOLY, *précité.*

commentée). Le gérant était alors tout à fait en mesure de demander non seulement le permis de construire, mais également sa prorogation.

Le juge souligne en revanche que l'ingérence ne dépendait pas de la condamnation en elle-même, mais d'un texte de loi autonome tirant les conséquences d'éventuelles condamnations.

L'incapacité du gérant résulte alors de l'article L. 241 -3 du code de la construction et de l'habitation. Cet article frappe d'incapacité à la gestion des sociétés de construction (encadrées par le titre premier du livre 2 du code précité) les personnes condamnées à une peine d'emprisonnement (avec ou sans sursis), notamment pour l'infraction de banqueroute.

Cette incapacité ne se retrouve pas encadrée dans une limite de temps particulière, contrairement aux peines complémentaires susceptibles d'être prononcées par les juridictions pénales. Il y avait probablement une voie procédurale à exploiter en l'espèce. La société requérante aurait pu tenter de soulever une question prioritaire de constitutionnalité contre l'article L. 241-3 du code de la construction et de l'habitation. Sans envisager l'ensemble des griefs possibles, le requérant aurait déjà pu soulever l'absence d'individualisation de la sanction que prévoit l'article de même que l'absence de proportionnalité de celle-ci quant aux atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie, à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété.

Le gérant était donc directement concerné par cet article et ne pouvait prétendre qu'en 2010 son incapacité avait disparu à moins de ne pas connaître le texte. On imagine mal cette « bonne foi » venir se substituer à la qualification de manœuvre frauduleuse dès lors qu'en tant que gérant d'une des sociétés visées par l'article il n'était pas censé ignorer le droit applicable.

L'administration aurait-elle dû faire preuve de davantage de vigilance et l'avertir dès le dépôt de sa demande de permis de construire ? Le fait d'attendre aussi longtemps avant de retirer l'acte administratif a-t-il porté atteinte à la sécurité juridique de la Société ?

II.- Une atteinte à la sécurité juridique en réponse à la fraude

Le juge administratif ne développe pas de justification particulière à l'intervention d'un retrait tardif de l'acte administratif. Cela peut d'abord choquer étant donnée la réglementation classique du droit administratif enserrant le retrait d'un acte dans un délai maximum destiné à ménager les principes de légalité et de sécurité juridique.

Le droit de l'urbanisme ne semble pas échapper à cet encadrement. L'article L. 424-5 du Code de l'urbanisme prévoit en ce sens un délai de 3 mois pour le retrait

d'autorisations d'urbanismes, dont le permis de construire, obtenu par fraude. Cependant, le Conseil d'État « *considère que ces dispositions ne couvrent pas le cas de la fraude à la qualité du pétitionnaire, dans lequel l'acte litigieux peut être retiré sans condition de délai, car ne créant pas de droit* »[117].

Cette exception est issue de l'adage « Fraus omnia corrumpit ». « La fraude corrompt tout » fonde un raisonnement de rétroactivité des droits : l'acte administratif ayant été obtenu de manière frauduleuse il est nul et ne produit aucun droit, l'administration est alors autorisée à retirer l'acte sans délai maximum[118].

Non seulement le juge administratif ne fait aucune mention de cette possibilité de porter atteinte au principe de sécurité juridique, mais en plus, aucun raisonnement n'est clairement énoncé démontrant la manœuvre de fraude, la volonté de frauder. La décision ne donne pas assez d'éléments sur ce point et l'explication réside probablement dans les pièces fournies par les parties. Quoi qu'il en soit il reste à espérer que le juge a bien retenu la fraude à partir d'une « *manœuvre du pétitionnaire* […] » *de son « intention délibérée d'avoir voulu tromper le service instructeur sur sa qualité* […] »[119]. L'habitude dans la gestion des affaires courantes d'une société peut tout à fait fonder un oubli non constitutif d'une manœuvre frauduleuse.

[117] P. CASSIA, « Le contrôle de la qualité pour demander une autorisation d'urbanisme », *La Semaine Juridique, Administrations et Collectivités territoriales,* n° 26, 29 Juin 2015, p. 2202.
[118] Voir en ce sens l'article de P. CORNILLE, « Permis de construire. Retrait pour fraude dans l'attestation de la qualité pour demander le permis », *Construction – Urbanisme,* n° 11, Novembre 2017, commentaire n° 145 de l'arrêt CE, 6e et 1re ch. réunies, 9 oct. 2017, n° 398853 : « *L'arrêt est une simple confirmation de solutions antérieures bien connues (CE, 15 févr. 2012, n° 333631, Quennesson* […] *– CAA Lyon, 18 déc. 2012, n° 12LY00016, Teinturier* […] ». Voir également, P. SOLER-COUTEAUX, « Le retrait d'un permis de construire obtenu par fraude peut être opéré sans condition de délai, Note sous Conseil d'État, 16 août 2018, n° 412663 », *RDI,* 2018, p. 513.
[119] P. CASSIA, « Le contrôle de la qualité pour demander une autorisation d'urbanisme », précité.

10.11. POLICE ADMINISTRATIVE

Droit administratif général – police administrative – pouvoirs de police générale du maire – ordre public – prévention des risques – sécurité publique

Tribunal administratif de la Réunion, 29 septembre 2017, *Mme V. c/Commune de Saint-Paul*, req. n° 1500860

Romuald SEVAGAMY, ATER en droit public à l'Université de la Réunion

Finalité classique de l'action administrative, la police administrative vise essentiellement à prévenir les troubles à l'ordre public[120]. On pense naturellement à une mesure d'interdiction d'une manifestation publique, d'un spectacle, motivée par des risques de bagarres ou de dégâts matériels. D'autres raisons, auxquelles on pense sans doute moins, peuvent aussi justifier l'exercice du pouvoir de police administrative. C'est notamment le cas du fonctionnement d'une attraction foraine, qui est au cœur de la décision commentée.

En l'espèce, par un arrêté du 6 juillet 2015, le maire de Saint-Paul avait décidé de fermer au public l'attraction foraine « Paratroop » pour la durée restante des fêtes de juillet 2015 du parc Expobat. Cette mesure était justifiée par le fait que l'attraction aurait présenté un danger pour la sécurité publique en raison d'un incident causé par une défaillance technique. L'exploitante du « Paratroop » demandait ainsi l'annulation de cet arrêté devant le Tribunal administratif de la Réunion.

La compétence du maire n'appelle pas de remarque particulière. Le Tribunal administratif juge logiquement qu'en vertu des articles L. 2212-1, L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales et de l'article 1er de la loi n° 2008-136 du 13 février 2008, *« le maire dispose du pouvoir d'interdire l'exploitation d'une attraction foraine présentant un danger pour la sécurité publique »*. Il s'agit d'une déclinaison de son pouvoir de police générale sur le territoire de sa commune[121].

Le contrôle juridictionnel de la légalité d'une mesure de police administrative est réalisé en deux temps[122]. D'abord, le juge administratif exerce un contrôle normal sur la qualification juridique des faits afin de s'assurer que les circonstances, qui ont motivé la mesure de police contestée, étaient bien constitutives d'un trouble

[120] La police administrative peut aussi être répressive lorsqu'elle vise à faire cesser un trouble à l'ordre public. Mais puisqu'elle ne peut participer à la répression d'une infraction pénale, « jamais […], la police administrative n'est répressive dans le sens où la police judiciaire l'est ». J. PETIT, « Chapitre I – La police administrative », *in Traité de droit administratif, Tome 2*, Dalloz, 2011, spéc. pp. 19-20.

[121] Sur la distinction entre les pouvoirs de police générale et ceux de police spéciale, voir par exemple B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2016, spéc. pp. 772-775.

[122] Pour une analyse approfondie, voir J. PETIT, « Le contrôle juridictionnel des mesures de police par le juge administratif », *in* Ch. VAUROT-SCHWARZ (dir.), *La police administrative*, PUF, 2014, pp. 205-219.

ou d'une menace de trouble à l'ordre public[123]. Si tel est le cas, le juge vérifiera ensuite que la mesure *« était nécessaire du point de vue de son contenu, c'est-à-dire qu'elle n'est venue restreindre la liberté que dans la mesure exigée par la protection de l'ordre public »*[124]. Autrement dit, le Tribunal administratif était amené à répondre aux deux questions suivantes. L'arrêté du maire de Saint-Paul du 6 juillet 2015 était-il fondé sur un risque de trouble à la sécurité publique ? Dans l'affirmative, le maire pouvait-il prendre une mesure de police moins contraignante que la fermeture de l'attraction ?

Le fondement de la mesure de police. Pour prendre cet arrêté, le maire s'était fondé sur un rapport du 5 juillet 2015, réalisé par un agent de sécurité affecté à la surveillance du parc Expobat le soir de l'incident. Ce rapport indique en outre qu'une pièce *« s'est détachée du tronc du manège "Paratroop", entraînant des mouvements anormaux et nécessitant l'arrêt immédiat du manège ainsi que l'évacuation des personnes se trouvant à bord »*. La requérante contestait cette version des faits en se prévalant notamment du fait que le manège *« avait fait l'objet d'une inspection de l'organisme certificateur le 2 juillet 2015 sans qu'aucune anomalie n'ait été décelée »* et que la pièce en cause était *« une barre métallique servant à neutraliser l'inclinaison du manège à l'arrêt »*. Cette dernière explication étant confirmée par une attestation de l'organisme certificateur du 9 juillet 2015.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, le juge administratif considère que « le maire de Saint-Paul n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que cet incident démontrait que l'attraction foraine […] présentait un risque significatif pour la sécurité du public ». Lorsque l'urgence contraint l'autorité de police à prendre des mesures pour prévenir un risque sérieux de trouble à l'ordre public, la jurisprudence administrative tente d'établir un équilibre entre l'efficacité de la police administrative et la protection des droits et libertés des administrés. Dans l'arrêt Commune de Cregols du 31 août 2009[125], la Haute juridiction estime que dans ce cas, la légalité de la mesure de police doit être appréciée à la date à laquelle elle a été prise au regard des éléments dont disposait l'autorité compétente[126]. Le fait que la mesure se révèle par la suite inappropriée ou inutile en raison d'éléments postérieurs n'aura aucune incidence sur sa légalité. En revanche, l'autorité de police devra adapter ou abroger la mesure selon que le risque se révèle a posteriori moins important ou inexistant. La méconnaissance de cette obligation est constitutive d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'autorité de police.

---

[123] En ce sens, J. PETIT, *précité*.

[124] J. PETIT, *ibid.*

[125] CE, 31 août 2009, *Commune de Cregols*, req. n° 296458. S.-J. LIEBER, Damien BOTTEGHI, « L'autorité de police face à la prévention des risques », *AJDA* 2009, p. 1824.

[126] Sur l'office du juge de l'excès de pouvoir lors du contrôle de la légalité d'une mesure de police administrative, voir notamment, S.-J. LIEBER, Damien BOTTEGHI, « L'autorité de police face à la prévention des risques », *précité*.

Afin de préserver l'efficacité de la police administrative, le juge administratif admet donc que l'urgence d'un risque sérieux de trouble à l'ordre public puisse contraindre l'autorité de police à agir rapidement sur la base d'éléments parfois sommaires. Aussi, le rapport d'un agent de sécurité peut valablement suffire à caractériser un risque urgent pour la sécurité des personnes. Bien qu'avant l'incident, aucune anomalie n'avait été détectée par l'organisme certificateur, une expertise ne garantit pas le « risque zéro ». D'autant que la dernière attestation du même organisme, produite par la requérante, ne renseigne pas sur le bon fonctionnement de l'attraction, mais uniquement sur l'utilité de la barre qui s'est détachée.

La nécessité de la mesure de police. La gravité du risque et l'urgence de la situation réduisent le spectre des mesures pouvant être prises par l'autorité de police. À nouveau, l'efficacité de la police administrative serait compromise si dans cette hypothèse, l'autorité administrative ne pouvait prendre les mesures les plus contraignantes, sous réserve qu'elles ne constituent pas des interdictions générales et absolues. La mesure de fermeture de l'attraction étant limitée à la durée restante des fêtes de juillet du parc Expobat, le Tribunal administratif juge logiquement qu'elle était nécessaire et rejette ainsi la requête. Au regard du risque urgent pour la sécurité des personnes, le maire ne pouvait en effet qu'interdire l'exploitation de l'attraction. Gageons que lors des fêtes foraines, *« la liberté [restera] la règle et la restriction de police, l'exception »* ![127]

[127] Pour paraphraser l'expression célèbre du commissaire du gouvernement Corneille dans ses conclusions sur l'arrêt *Baldy*, rendu par le Conseil d'Etat le 10 août 1917 : *« la liberté est la règle et la restriction de police l'exception »*.