

**LA LOI CONFORTANT
LE RESPECT DES PRINCIPES
DE LA RÉPUBLIQUE**

**REVUE
DU DROIT DES
RELIGIONS**

**N° 13
MAI
2022**

PRESSES UNIVERSITAIRES DE STRASBOURG

13 | 2022

La loi confortant le respect des principes de la République

Vincente Fortier et Gérard Gonzalez (dir.)



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rdr/1725>

DOI : 10.4000/rdr.1725

ISSN : 2534-7462

Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

Édition imprimée

Date de publication : 17 mai 2022

ISBN : 979-10-344-0112-3

ISSN : 2493-8637

Référence électronique

Vincente Fortier et Gérard Gonzalez (dir.), *Revue du droit des religions*, 13 | 2022, « La loi confortant le respect des principes de la République » [En ligne], mis en ligne le 17 mai 2022, consulté le 27 septembre 2022. URL : <https://journals.openedition.org/rdr/1725> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdr.1725>



Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale 4.0 International - CC BY-NC 4.0
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

**LA LOI CONFORTANT
LE RESPECT DES PRINCIPES
DE LA RÉPUBLIQUE**

**REVUE
DU DROIT DES
RELIGIONS**

**N° 13
MAI
2022**

Sommaire

Avant-propos.....	5
-------------------	---

DOSSIER
LA LOI CONFORTANT
LE RESPECT DES PRINCIPES DE LA RÉPUBLIQUE
coordonné par Vincente Fortier et Gérard Gonzalez

Introduction.....	11
<i>Vincente FORTIER et Gérard GONZALEZ</i>	
Présentation générale de la loi confortant le respect des principes de la République.....	17
<i>Éric SALES</i>	
Le contrat d'engagement républicain: quels changements pour les associations?.....	41
<i>Elsa FOREY</i>	
Une garantie paradoxale du libre exercice du culte: la loi du 24 août 2021 et les associations à objet culturel.....	59
<i>Gérard GONZALEZ et Philippe GONI</i>	
Les effets de la loi du 24 août 2021 sur le droit civil.....	75
<i>Vincent EGÉA</i>	
La loi du 24 août 2021 et le droit des personnes: un texte pavé de bonnes intentions.....	93
<i>Aurélien RISSEL</i>	
Le droit à l'instruction dans la loi confortant le respect des principes de la République: hors de l'École républicaine, point de salut?.....	115
<i>Anne FORNEROD</i>	

La répression convoquée au soutien des principes de la République.....	131
<i>Julie ALIX</i>	
Le droit des étrangers: réacteur ou incubateur de la loi « séparatisme » ?.....	153
<i>Serge SLAMA</i>	

VARIA

Le pluralisme religieux sous le prisme du régime juridique de la laïcité dans les États d'Afrique noire francophone: Cameroun, Côte d'Ivoire, Gabon et Sénégal.....	173
<i>Christian Gérard ANGUE</i>	
Les diplômes universitaires de formation civile et civique: retours d'expérience sur un cursus singulier	191
<i>Lauren BAKIR, Françoise CURTIT, Vincente FORTIER et Ugo LOZACH</i>	
Religious Minorities and Sexual Diversity: The Holistic Approach.....	207
<i>Daniele FERRARI</i>	

Avant-propos

La *Revue du droit des religions* qui traite notamment de l'actualité du droit français appliqué au fait religieux pouvait difficilement faire l'impasse sur une présentation de la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République. Ce texte législatif qui a soulevé des protestations, parfois contradictoires, n'est pas sans lien avec une forte et récurrente demande sociale et politique. Face à la montée de radicalismes religieux, aux atteintes au principe de neutralité de l'État et à une désorganisation quasi structurelle du culte musulman, différents acteurs de la société française étaient dans l'attente d'une prise de position du chef de l'État visant à réaffirmer la laïcité et à lutter contre les dérives fondamentalistes et le repli identitaire qui feraient obstacle à la jouissance effective des droits et libertés. La loi du 24 août 2021 peut ainsi s'interpréter comme une tentative de remédier à ces délitements dont l'atténuation passerait notamment par une obligation pour les citoyens et résidents de respecter les principes de la République, par le durcissement du contrôle des activités et du financement des groupements religieux, mais également par une profonde modification de certains aspects du statut des associations culturelles. L'objectif de ce texte législatif est de rappeler que l'appartenance nationale et citoyenne prévaut sur toute allégeance particulière et qu'une société démocratique, pluraliste et apaisée suppose le respect par chacun d'exigences minimales de la vie en société et l'acceptation d'un socle de valeurs et de principes. Par ailleurs, les entreprises privées chargées par la loi ou le règlement, ou par un contrat de la commande publique, de l'exécution en tout ou partie d'un service public sont désormais soumises par la loi au principe de laïcité, la loi promouvant ainsi une « extension du domaine de la laïcité ». Elle ne devrait toutefois pas avoir de conséquences pour les entreprises de tendance confessionnelle participant déjà à une mission de service public, comme les écoles privées confessionnelles sous contrat dont le caractère propre est garanti par le Code de l'éducation.

La loi du 24 août 2021 qui a pour objectif de contrer les dérives générées par l'islamisme radical et l'inorganisation du culte musulman comprend *in fine* une série de dispositions de natures différentes dont on perçoit en filigrane qu'elles visent à répondre à une progressive érosion d'une « culture laïque », d'un art de vivre laïcité, et d'une volonté de les consolider. Cet assemblage a été critiqué, et cela d'autant plus vivement que son aspect hétérogène a défait la potentielle cohérence d'ensemble attendue par les acteurs concernés. Une deuxième salve de critiques s'est appliquée au caractère redondant de certaines dispositions. Des mesures similaires existaient déjà et la loi ne viserait qu'à créer un effet de masse renforçant sa portée politique et symbolique. Enfin, les condamnations les plus acérées concernent les menaces sur les libertés et donc la fonction « répressive, potentiellement liberticide » du texte.

Si l'on considère les associations ayant un objet cultuel par exemple, y compris celles relevant de la loi de 1901, elles font désormais l'objet d'un contrôle de leurs comptes par l'Administration. Cet encadrement participe de la volonté des pouvoirs publics d'intégrer l'exercice et l'organisation des cultes dans le régime fixé par la loi de 1905 et d'éviter une cristallisation de l'éclatement institutionnel de l'islam facilitant les immixtions d'États étrangers. Une structuration en associations cultuelles de la loi de 1905 constitue au regard des autorités publiques un des préalables à l'émergence espérée d'un « islam de France unifié ». Les associations cultuelles représentant les mosquées locales pourraient ainsi créer une union départementale – et à terme nationale – d'associations cultuelles dotée d'une « constitution » avec une représentation bien identifiée exerçant un pouvoir de contrôle à la fois doctrinal et administratif sur le statut et la formation des imams et sur les associations de mosquées. Une telle organisation n'est pas possible actuellement, puisqu'une union d'associations cultuelles loi 1905 ne peut intégrer des associations de la loi de 1901. Les associations loi 1901 ayant des activités cultuelles sont désormais assujetties à des contrôles financiers et à des obligations semblables à ceux instaurés pour les associations cultuelles (loi 1905), sans pour autant bénéficier des mêmes avantages fiscaux. Les associations de droit commun (loi 1901) en charge de l'exercice du culte cumuleront donc les inconvénients sans pouvoir accéder aux prérogatives accordées aux associations cultuelles.

L'accentuation des contrôles sur les associations cultuelles par la loi du 24 août 2021 doit aussi se jauger au prisme des avantages qui leur ont été accordés. En effet, les pouvoirs publics ont sur une longue période (1905-1980) modifié la loi du 9 décembre 1905 et le Code général des impôts pour conférer, par petites touches, aux associations cultuelles les mêmes droits

qu'aux associations d'utilité publique et aux associations agréées : grande capacité juridique, subventions des collectivités territoriales pour la réparation des édifices culturels, exonérations fiscales, etc. La loi du 24 août 2021 complète cet impressionnant catalogue en ajoutant la possibilité pour les associations culturelles d'acquérir à titre gracieux des immeubles de rapport. Dès lors, la fixation de procédures de contrôle et de transparence rapproche le régime des associations culturelles de celui des associations d'utilité publique. Rappelons que l'utilité publique est attribuée aux associations par décret en conseil d'État et qu'elles font l'objet d'un contrôle récurrent par l'Administration.

Plus largement, les politiques menées par les États européens se rejoignent quant aux moyens pour parvenir à une inclusion de la religion musulmane dans la société et à son intégration dans les statuts nationaux des cultes qui sont les facilitateurs du dialogue ou de la coopération entre les pouvoirs publics et les autorités religieuses. Il s'agit avant tout de veiller à l'autonomie financière des communautés musulmanes et de former les cadres de cette religion selon les critères académiques en vigueur dans les universités publiques ou parapubliques. Le contrôle du financement du culte par des États ou organismes étrangers – il ne s'agit pas d'une interdiction – a été demandé à maintes reprises par de nombreux acteurs sociopolitiques soucieux d'éviter des ingérences et l'instrumentalisation politique des institutions religieuses.

La formation des agents culturels musulmans est également une priorité en France, même si les solutions retenues sont différentes de celles préconisées dans d'autres États européens. Des universités françaises disposant d'un noyau significatif de spécialistes en islamologie et en droit musulman ont, avec le soutien du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche et d'un groupement d'intérêt public intitulé Institut français d'islamologie, créé des pôles d'islamologie. Ces pôles dispenseront des enseignements « profanes », c'est-à-dire de sciences humaines et sociales du fait religieux musulman, qui devraient être complétés par des enseignements de théologie et de droit musulman pris en charge par les organisations musulmanes. La loi du 24 août 2021 est ainsi prolongée par des politiques publiques mises en œuvre par le ministère de l'Enseignement supérieur.

Ce remarquable dossier sur la loi confortant le respect des principes de la République est accompagné de trois varia. Le premier traite de la gestion du pluralisme religieux et de la paix religieuse dans plusieurs États africains et considère que le renforcement d'un régime juridique de laïcité s'impose pour contrer les dérives religieuses. Le deuxième aborde la question de la formation des cadres religieux musulmans sous l'angle des diplômes universitaires

de formation civile et civique. Cet article fort utile pour tous les acteurs concernés permettra de nourrir la réflexion relative au développement et à l'ajustement du contenu de ces diplômes. Le troisième varia défend une « approche holistique » de la diversité sexuelle pour esquisser de nouvelles pistes en matière de protection des droits des minorités religieuses en droit international.

Francis MESSNER

DOSSIER

**LA LOI CONFORTANT
LE RESPECT DES PRINCIPES
DE LA RÉPUBLIQUE**

Introduction

Vincente FORTIER* et Gérard GONZALEZ**

* Université de Strasbourg / CNRS, Droit, Religion, Entreprise et Société (DRES) ;

** Université de Montpellier, Institut de droit européen des droits de l'homme (IDEDH) et Université de Strasbourg / CNRS, Droit, Religion, Entreprise et Société (DRES)

La loi confortant le respect des principes de la République a déjà fait couler beaucoup d'encre, mais la *Revue du droit des religions* se devait de lui consacrer un dossier en faisant appel à des spécialistes reconnus de l'une ou l'autre pièce de ce patchwork normatif. La loi, promulguée le 24 août 2021, comporte en effet un grand nombre de mesures disparates concernant plusieurs domaines à propos desquels il paraissait nécessaire de légiférer afin d'endiguer des processus qualifiés de séparatistes, mettant à mal l'universalisme républicain (le terme « séparatisme » figurant dans l'intitulé des premières moutures du projet de loi a finalement été abandonné, car trop stigmatisant, bien qu'il constitue l'arrière-plan du texte).

La perception dominante de l'ensemble législatif adopté est sa fonction essentiellement répressive, potentiellement liberticide qui, sous couvert de lutter contre un mal qui affleure sans jamais être nommément désigné (l'extrémisme islamiste) touche le cœur d'un certain nombre de libertés fondamentales. C'est à Éric Sales que revient la *Présentation générale de la loi confortant le respect des principes de la République*. Dressant un panorama complet du texte, il commence par analyser « les dispositions législatives concernant les collectivités publiques, les services publics et les activités associées », insistant notamment sur la valorisation, si besoin en était encore, du principe de neutralité de la sphère publique. La loi procède en la matière et pour une large part à une forme de codification de l'existant, notamment

de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation. On a pu souligner que, concernant les obligations des personnes en charge des services publics, la loi « n'innove pas fondamentalement¹ ». Toutefois, le fait d'élever l'arsenal jurisprudentiel pour partie au niveau législatif n'est guère anodin et Éric Sales souligne par ailleurs certaines dispositions novatrices de la loi sur lesquelles il aurait été utile de se pencher plus avant². Si l'auteur constate que les dispositions législatives limitent « de nombreux droits et libertés constitutionnellement reconnues », il note que peu nombreuses sont celles qui ont fait l'objet d'une censure ou d'une réserve d'interprétation de la part du Conseil constitutionnel, sans compter que les dispositions phares du texte concernant les associations ayant pour objet l'exercice d'un culte ne lui ont pas été déferées. Car de toutes les libertés entrant dans le champ de la loi nouvelle, c'est sans aucun doute celle d'association qui semble la plus malmenée. Au cœur de cette question se situe le contrat d'engagement républicain qu'Elsa Forey analyse en s'interrogeant sur les changements que l'introduction de celui-ci provoque (*Le contrat d'engagement républicain: quels changements pour les associations?*). Désormais, l'octroi d'un avantage sollicité par l'association auprès d'une personne publique est lié à la souscription et/ou au respect du contrat d'engagement républicain. Elsa Forey souligne que l'application de ce « contrat », qui n'en est réellement pas un, soulèvera de nombreuses difficultés tenant notamment à la « myriade d'interprétations possibles » de ses termes. Si l'on en croit Gérard Gonzalez et Philippe Goni, les profondes modifications des lois du 9 décembre 1905 et du 2 janvier 1907 oscillent entre entreprise de séduction visant à promouvoir le statut de 1905 et durcissement d'un contrôle de plus en plus rigoureux et invasif de toutes les associations à objet cultuel dans le but avéré de promouvoir, parmi les statuts accessibles tous aussi contraignants, celui de 1905 qui procure le plus d'avantages notamment fiscaux et financiers (*Une garantie paradoxale du libre exercice du culte: la loi du 24 août 2021 et les associations à objet cultuel*). Si la manœuvre est habile, elle ne va cependant pas sans accrocs et « interrogations vertigineuses ». Que dire, au-delà du culte musulman objet de toutes les attentions, de ces centaines de groupements associatifs à vocation culturelle dont on peut se demander s'ils auront les moyens (ou l'envie ? ou l'autorisation ?) de se couler dans l'un ou l'autre de ces nouveaux moules ? Bien que la kyrielle de dispositions contenues dans la loi vise principalement à modifier le droit pénal,

1. C. BLANCHON, « Le service public et les associations au secours de la République », *AJDA* 2021, p. 2071.

2. Sur cette question on peut utilement se référer à l'article de C. BLANCHON, précit., et aussi à C. DEFFIGIER, H. PAULIAT, « Le service public », *RFDA* 2021, p. 816.

la loi de 1905 ou le droit public, le droit civil n'est pas pour autant oublié. Comme le souligne Vincent Egéa, une telle mobilisation de la matière civiliste paraît a priori surprenante. Toutefois, l'auteur relativise ce propos, considérant qu'« il n'est en effet pas incongru que certains symboles du droit civil et que des mécanismes de cette matière soient mobilisés afin de conforter le respect des principes de la République, dès lors que pour reprendre la formule de Carbonnier, ce qui se trouve au cœur du droit civil est la civilité, c'est-à-dire le “vivre ensemble” ». Procédant dans sa contribution (*Les effets de la loi du 24 août 2021 sur le droit civil*) à une distinction entre les techniques concernées (règle de conflit, dans son éviction et dans la compensation de ses effets) et les acteurs appelés à garantir le respect des principes confortés par la loi (officier d'état civil et notaire), Vincent Egéa montre que les choix législatifs opérés dans le champ du droit civil, à savoir la promotion de la monogamie et l'interdiction d'exhérer les filles, portent une incontestable dimension symbolique qui, selon l'auteur, « prend le pas sur l'opportunité pratique et l'exactitude technique ». Aurélien Rissel prolonge cette réflexion en l'élargissant au droit des personnes (*La loi du 24 août 2021 et le droit des personnes: un texte pavé de bonnes intentions...*). Analysant successivement les dispositions concernant les luttes contre les certificats de virginité, les mutilations sexuelles féminines, les mariages forcés ou dissimulés, les effets de la polygamie, les inégalités successorales, il conclut que « quoique d'une très grande variété, les différentes mesures adoptées à l'occasion de la loi du 24 août 2021 en matière de droit des personnes méritent des observations semblables et présentent les mêmes écueils: des mesures en apparence à forte valeur ajoutée symbolique, un droit positif toutefois déjà largement préétabli et suffisant, des mesures conséquemment résiduelles ou ponctuelles qui contrastent avec l'ambition de la loi, et bien souvent, des “angles morts” liés au caractère restreint des mesures, voire des “effets collatéraux” inattendus, le cas échéant sources de difficultés ». La montagne semble n'avoir accouché que d'une souris! Anne Fornerod s'interroge sur les conséquences d'« une marginalisation de l'instruction en famille et [d']un durcissement du régime des établissements privés hors contrat » (*Le droit à l'instruction dans la loi confortant le respect des principes de la République: hors de l'École républicaine, point de salut?*). Sa réflexion la pousse à conclure qu'« aujourd'hui, dans son ambition – au demeurant légitime – de lutter contre les séparatismes et de prévenir la radicalisation religieuse chez les jeunes citoyens, la loi du 24 août 2021 s'est privée de la liberté de l'enseignement... ». Il est heureux, du reste, que pour parvenir à cette conclusion, l'autrice procède à une analyse serrée et critique de la situation purement interne du droit à l'instruction sans faire appel, comme certains, au droit européen des droits de l'homme

pour postuler l'invalidité de ce nouveau régime législatif concernant notamment l'encadrement de l'instruction à domicile³. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment validé un système également restrictif d'accès à ce type d'enseignement⁴. Julie Alix analyse la mobilisation « tous azimuts » par la loi des outils répressifs « sans réflexion préalable sur leurs fonctions ou leur essence », ce qui « place la loi au rang de ces lois discursives, où l'efficacité symbolique est préférée à une efficacité réelle délaissée – lorsqu'elle n'est pas impossible » (*La répression convoquée au soutien des principes de la République*). Au terme d'un examen rigoureux et critique de cette loi punitive, l'autrice s'interroge : « Peines, mesures de sûreté, mesures de police administrative et sanctions administratives sont entremêlées pour former un maillage étroit de contrôle autour de certaines personnes ou de certaines activités, participant à l'émergence d'un *continuum* répressif au sein duquel s'opère une fusion des répressions pénales et administratives. Une telle fusion alimente l'émergence d'un droit répressif de la sécurité dont le déploiement au sein des activités de culte et d'enseignement interroge : une telle répression est-elle conforme aux “principes de la République” ? ». Ce ne serait pas, en effet, le moindre des paradoxes de ce texte ! Pour terminer ce dossier, Serge Slama explore les dispositions de la loi concernant le droit des étrangers de façon originale (*Le droit des étrangers : réacteur ou incubateur de la loi « séparatisme » ?*). Le droit des étrangers est finalement peu présent dans la loi, sans doute par choix de « ne pas rouvrir la boîte de Pandore d'un débat général sur l'immigration à quelques mois des élections présidentielles ». Néanmoins, à partir de ces quelques dispositions qui ne font « que conforter des clauses déjà existantes », Serge Slama montre que le droit des étrangers a pu servir de « laboratoire » ou « d'incubateur » de cette loi aux termes de laquelle « existent des résonances assez fortes entre plusieurs [de ses] dispositifs [...] et des dispositifs déjà en œuvre en droit des étrangers, en particulier le “contrat d'accueil et d'intégration” (devenu “contrat d'intégration républicaine”), ou encore les contrôles sur les mariages mixtes ou l'acquisition de la nationalité française ».

Au total, il pourra sembler au lecteur que ce dossier a été constitué essentiellement à charge tant les critiques sont nombreuses. Pouvait-il en être autrement s'agissant d'un texte touffu, complexe, parfois illisible qui est le résultat de compromis, d'arbitrages et, surtout peut-être, d'une réaction émotionnelle au lendemain d'atrocités commises au nom de l'islam dans notre pays ? Rien de plus naturel non plus que cette analyse sévère, sous la

3. N. SILD, « L'éducation », *RFDA* 2021, p. 845.

4. CEDH, 10 janv. 2019, *Wunderlich c. Allemagne*.

plume d'universitaires attachés, chacun dans son domaine, à la préservation de libertés souvent chèrement acquises et aussi peu partagées dans le monde. On connaît la locution proverbiale: la critique est aisée mais l'art (de gouverner?) est difficile! Il faut prendre ces remontrances et ces critiques comme autant de chiffons rouges agités devant ceux qui font les lois et qui sont en charge de leur application et/ou de leur contrôle. Prendre aussi conscience, ce que soulignent plusieurs contributions, que le surarmement législatif n'est pas la panacée et qu'il vaudrait peut-être mieux appliquer correctement les dispositions existantes. Multiplier les incriminations pénales, parfois pour satisfaire telle corporation professionnelle ou pour répondre à une attente (réelle ou supposée?) de la société civile, ne résout rien. Le tableau dressé par Julie Alix dans sa contribution de l'inutilité et/ou de l'ineffectivité des nouvelles dispositions pénales contenues dans la loi est accablant. Sans doute fallait-il faire quelque chose! Mais force est de constater que le bon (à chacun de le découvrir dans ce dossier) est souvent noyé dans le médiocre, l'approximatif. Le compte n'y est décidément pas...

Présentation générale de la loi confortant le respect des principes de la République

Éric SALES

Université de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP)

RÉSUMÉ

La loi du 24 août 2021 tente d'apporter une réponse aux problèmes sociaux concrets que posent les diverses manifestations des phénomènes séparatistes, mais aussi aux difficultés inhérentes aux moyens de diffusion numérique des discours de haine qui les favorisent. Pour ce faire, elle mobilise les principes constitutionnels de la devise républicaine auxquels est associé le principe de dignité de la personne humaine. Le principe d'égalité des usagers devant le service public, le principe de laïcité et de neutralité du service public viennent compléter cette liste. Elle impacte aussi de nombreux droits et libertés affectés par de nouvelles restrictions législatives : la liberté d'association, la liberté du culte, le droit des étrangers et le droit à l'éducation.

ABSTRACT

The law of 24 August 2021 attempts to provide an answer to the concrete social problems posed by the various manifestations of separatist phenomena, but also to the difficulties inherent in the means of digital dissemination of hate speech, which promotes them. To do this, it mobilizes the constitutional principles of the Republican motto, to which the principle of human dignity is associated. The principle of equality of users before the public service, the principle of *laïcité* and neutrality of the public service complete this list. It also impacts many rights and freedoms affected by new legislative restrictions: freedom of association, freedom of worship, the rights of foreigners and the right to education.

Sans défendre l'idée de l'existence d'un républicanisme militant se développant sur les mêmes bases que la démocratie militante¹, il existe toutefois une tendance actuelle dans la législation à protéger la République contre les attaques dont elle peut faire l'objet. Le contexte dans lequel elle se situe est à la fois marqué par la lutte contre le terrorisme ravivée par un événement tragique tel que l'assassinat de Samuel Paty, par des tensions politico-religieuses entre la France et la Turquie² et par une période déterminante de pré-campagne électorale pour les futures présidentielles dans le cadre desquelles la majorité au pouvoir amorce un véritable tournant à droite pour préparer par anticipation un second tour face au Rassemblement national. Déjà de nouvelles mesures législatives, visant à sanctionner les atteintes portées aux symboles républicains qu'il s'agisse du drapeau ou encore de l'hymne national, avaient fait leur apparition³. La protection de la forme républicaine du gouvernement a également servi de base à la dissolution d'associations ou de groupements de fait la menaçant⁴. Le projet de loi renforçant le respect des principes de la République va dans le même sens en mettant l'accent notamment sur la nécessaire préservation desdits principes contre les tendances visant à faire prévaloir la religion sur les lois de la République. S'il ne s'agit pas directement d'une loi de lutte contre le terrorisme, elle se situe néanmoins sur le terrain de la prévention car le séparatisme religieux est présenté comme le terreau potentiel d'un passage à l'acte violent contre la République et ses symboles⁵.

1. V. GAZAGNE-JAMMES, « Le républicanisme militant, une certaine conception de la démocratie militante française. Réflexions autour du projet de loi confortant le respect des principes républicains », *RDLF* 2021, chr. n° 09.
2. G. FELLOUS, *Islam versus laïcité. T. 2, Une immixtion turque en territoire français*, Paris, L'Harmattan, 2021.
3. V. L. n° 2003-239, 18 mars 2003 et D. n° 2010-835, 21 juill. 2010, relatif à l'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore.
4. Par ex., le pouvoir exécutif a estimé que la forme républicaine du gouvernement était menacée par le groupement de fait Forsane Alizza car en « appelant à l'instauration du califat et à l'application de la charia en France » à l'occasion de manifestations publiques, il remettait « en cause le régime démocratique et les principes fondamentaux de la République que sont la laïcité et le respect de la liberté individuelle ». Il a ainsi fait l'objet d'une dissolution. V. en ce sens, D. n° 2012-292, 1^{er} mars 2012, portant dissolution d'un groupement de fait.
5. V. en ce sens, l'étude d'impact accompagnant le projet de loi, p. 9: « Il est utile de préciser d'emblée que le phénomène visé ici n'est pas le terrorisme. Le présent projet de loi a vocation à répondre à des velléités séparatistes qui constituent une forme d'antithèse du projet républicain mais qui ne se manifestent pas mécaniquement par des actes terroristes, bien qu'elles puissent en constituer un substrat idéologique. Les deux sujets ne semblent pas pouvoir être totalement décorrélés dès lors que les discours de rupture qui sont à l'œuvre dans les phénomènes séparatistes véhiculent une idéologie qui joue le rôle de terreau fertile du passage à l'acte violent. »

La loi renforçant le respect des principes de la République du 24 août 2021⁶ a fait beaucoup parler d'elle, avant⁷, pendant la discussion parlementaire⁸ et après son vote suivi de l'examen préventif de sa constitutionnalité⁹ au sujet des restrictions apportées par le Parlement à de nombreux droits et libertés. Elle était initialement destinée à lutter contre le séparatisme compris comme la tendance d'une communauté, établie à l'intérieur d'un État, à vouloir fonctionner avec ses propres règles en privilégiant celles relevant de sa religion. Il s'agit donc d'un séparatisme religieux caractérisant certains membres d'une communauté religieuse qui pratiquent leur religion de manière radicale et tendent à agir en observation de ces règles religieuses au détriment des règles de droit fixées par l'État¹⁰. En France, cette notion a resurgi dans le débat public en 2017 autour de la question du séparatisme islamiste¹¹. En 2020, un projet de loi de lutte contre le séparatisme, rebaptisé en projet de loi confortant le respect des principes de la République, vise à combattre « un entrisme communautariste insidieux [...] pour l'essentiel d'inspiration islamiste » reposant sur « un projet politique conscient, théorisé, politicoreligieux, dont l'ambition est de faire prévaloir des normes religieuses sur la loi commune¹² ». Si les communautés ainsi présentées ne sont pas directement identifiées par le gouvernement, ni dans l'exposé des motifs de la loi, ni dans l'étude d'impact accompagnant le projet de loi, il est précisé que « certaines d'entre elles, minoritaires, se sont néanmoins retrouvées sous l'influence d'interprétations et d'idées qui trouvent leurs sources dans le monde musulman (comme) celles de la confrérie des Frères musulmans ou celles du wahhabo salafisme¹³ ». Au titre des manifestations

6. L. n° 2021-1109, 24 août 2021, confortant le respect des principes de la République.

7. V. CE, avis, 3 déc. 2020, n° 401549, projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République.

8. En raison notamment d'amendements sénatoriaux qui, au nom d'une conception extensive du principe de laïcité, visaient à interdire aux parents d'élèves accompagnateurs le port de signes religieux ostensibles, à prohiber le port du burkini dans les piscines municipales ou encore à proscrire le port du foulard pour les mineures dans l'espace public. V. not. C. CHAMBRAUD, « Les sénateurs interdisent les sorties scolaires aux mères voilées accompagnatrices », *Le Monde*, 31 mars 2021.

9. V. not. le dossier sur la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, *RFDA* 2021, p. 815 et s.

10. Sur ce sujet V. not. G. FELLOUS, *Islam versus laïcité*. T. 1, *Une guerre asymétrique contre le terrorisme et le « séparatisme »*, Paris, L'Harmattan, 2021.

11. <https://dictionnaire.orthodidacte.com/article/definition-separatisme> [consulté le 10 janv. 2022].

12. Projet de loi confortant le respect des principes de la République, n° 3649, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2020 et adopté par cette même assemblée le 16 février 2021.

13. V. Étude d'impact, projet de loi confortant le respect des principes de la République, 8 déc. 2020, p. 10.

de ce séparatisme, il est indiqué par le gouvernement que la dynamique qui est à l'œuvre a pour conséquence de soustraire certains groupes à la société française, « dans des domaines aussi variés que les coutumes matrimoniales, les pratiques médicales, la transmission héréditaire, l'engagement associatif, le respect des principes du service public ou encore les conditions de scolarisation des enfants¹⁴ ». Il est également précisé que « les discours qui sous-tendent ou encouragent ce repli se donnent majoritairement pour vecteurs les moyens de communication dématérialisée que sont Internet en général et les réseaux sociaux en particulier ». Il est donc prévu d'apporter une réponse par la loi « non seulement aux problèmes sociaux concrets que posent les diverses manifestations des phénomènes séparatistes mais aussi aux difficultés inhérentes aux moyens de diffusion numérique des discours de haine qui les favorisent¹⁵ ».

La loi renforçant le respect des principes de la République du 24 août 2021 offre une solide résistance face à toute tentative d'organisation des idées destinée à en assurer la présentation générale. Il est vrai qu'elle n'est pas un modèle du genre car à aucun moment les principes de la République concernés ne sont identifiés dans son intitulé tout comme dans les quatre titres¹⁶ qui la composent. Plus encore, seul le titre premier semble répondre directement à son objectif général en visant le « respect des principes de la République » lequel est complété par « la garantie des exigences minimales de la vie en société ». Il faut donc pénétrer dans son corps pour isoler les nombreux principes constitutionnels visés tout comme l'ensemble des droits et libertés affectés par de nouvelles restrictions législatives. Au titre des premiers figurent les principes de la devise républicaine – liberté, égalité, fraternité – auxquels est associé le principe de dignité de la personne humaine. Le principe d'égalité des usagers devant le service public, le principe de laïcité et de neutralité du service public viennent compléter cette liste. À cet ensemble déjà important, le législateur a jugé bon de rajouter les symboles de la République, c'est-à-dire l'emblème national, l'hymne national énoncés à l'article 2 de la Constitution tout comme la devise précitée. Au titre des seconds, on retrouve pour l'essentiel la liberté d'association, la liberté d'exercice du culte, le droit des étrangers ainsi que le droit à l'éducation. Entre

14. *Ibid.*, p. 12 et s.

15. *Ibid.*, p. 13.

16. Le titre I vise à garantir le respect des principes de la République et des exigences minimales de la vie en société (art. 1 à 67). Le titre II est consacré à la garantie du libre exercice du culte (art. 68 à 88) alors que le titre III est relatif à des dispositions diverses (art. 89 à 90) et le titre IV à des dispositions relatives à l'outre-mer (art. 91 à 103).

les deux sièges l'objectif de lutte contre le séparatisme. En d'autres termes, pour combattre un mouvement jugé dangereux pour les principes constitutionnels rappelés qui sont le ciment de notre vivre ensemble, le Parlement a estimé nécessaire de limiter, de façon générale, des droits et libertés qui appartiennent à tous.

La loi sera présentée ici en prenant en considération la décision du Conseil constitutionnel la concernant¹⁷ car les censures prononcées en réduisent le contenu alors que les réserves d'interprétation formulées l'enrichissent de précisions bien utiles pour les autorités chargées de son application. Dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité préventif, le Conseil – intervenant dans le processus législatif – contribue effectivement à la fabrication de la loi et ce faisant à l'expression de la volonté générale. Il conviendra donc d'étudier les dispositions législatives relatives aux collectivités publiques, aux services publics et aux activités associées (1) et d'isoler celles qui limitent de nombreux droits et libertés constitutionnellement reconnus (2).

1. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES CONCERNANT LES COLLECTIVITÉS PUBLIQUES, LES SERVICES PUBLICS ET LES ACTIVITÉS ASSOCIÉES

En ce qui concerne les collectivités publiques, les services publics et les activités associées, le Parlement insiste sur la neutralité de la sphère publique¹⁸ (1.1) tout en protégeant, en retour, les personnes participant à l'exécution d'une mission de service public par un système de pénalisation des comportements anti-républicains (1.2).

1.1. LA NEUTRALITÉ DE LA SPHÈRE PUBLIQUE

Si la neutralité de la sphère publique n'est pas une nouveauté dans la jurisprudence constitutionnelle¹⁹ (1.1.1), le Parlement a jugé utile d'en faire le rappel (1.1.2).

17. Cons. const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, *Loi confortant le respect des principes de la République*.

18. Sur ce sujet, V. not. Cl. DEFFIGIER et H. PAULIAT, « Le service public », *RFDA* 2021, *Loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République*, p. 816.

19. Il en va de même dans la jurisprudence administrative, V. partie 2.

1.1.1. UNE NEUTRALITÉ IDENTIFIABLE DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Derrière les principes constitutionnels dont la loi entend renforcer le respect, trois principes apparaissent particulièrement dans l'article 1^{er} du texte législatif. Il s'agit de veiller à la protection du principe d'égalité des usagers devant le service public, du principe de laïcité et de neutralité du service public, lesquels connaissent un écho dans la jurisprudence constitutionnelle. Le principe d'égalité devant le service public n'est en réalité qu'un prolongement du principe d'égalité devant la loi²⁰. Ainsi, à l'image du principe qui l'englobe, « le principe d'égalité devant les services publics prohibe les discriminations qui ne reposent pas sur des différences objectives entre les usagers et en rapport avec l'objet du service²¹ ». En ce qui concerne le principe de laïcité, consacré par l'article 1^{er} de la Constitution, le Conseil constitutionnel veille à son respect en matière de service public de l'enseignement en rappelant, en s'appuyant sur l'alinéa 13 du Préambule de 1946, que l'organisation de l'enseignement public laïque, à tous les degrés, est un devoir de l'État²². Toutefois, ledit principe ne fait pas obstacle à la possibilité pour le législateur de prévoir, sous réserve de fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels, la participation des collectivités publiques au financement du fonctionnement des établissements d'enseignement privés sous contrat d'association selon la nature et l'importance de leur contribution à l'accomplissement de missions d'enseignement²³. Encore faut-il que l'organisme bénéficiaire – lequel est d'origine confessionnelle – ne puisse être en mesure de conserver les financements publics en cas de cessation de l'activité d'éducation ou de résiliation du contrat car il en résulterait un avantage injustifié conduisant à la méconnaissance du principe de laïcité²⁴. De façon plus générale, le Conseil l'a identifié comme un principe gouvernant le fonctionnement de l'ensemble de la République²⁵. À ce titre, il soulignera, dans un considérant essentiel, que le « principe de laïcité interdit à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour

20. Cons. const., 29 juill. 2002, n° 2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*; 16 juill. 2009, n° 2009-584 DC, *Loi relative à la réforme de l'hôpital et aux patients, à la santé et aux territoires*; 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *IVG II*.

21. V. N. FOULQUIER et F. ROLIN, « Constitution et service public », N3C, n° 37, *Le Conseil constitutionnel et le droit administratif*, 2012, p. 21.

22. Cons. const., 23 nov. 1977, n° 77-87 DC, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*.

23. Cons. const., 13 janv. 1994, n° 93-329 DC, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*.

24. *Ibid.*, cons. 33.

25. V. N. FOULQUIER et F. ROLIN, art. cit.

s'affranchir des règles communes régissant les relations entre les collectivités publiques et les particuliers²⁶ » en délivrant indirectement et implicitement un brevet de constitutionnalité à la loi du 15 mars 2004 interdisant le port de signes religieux ostensibles dans les établissements scolaires publics dont il n'avait pas été saisi à titre préventif. Quant au principe de neutralité, les juges constitutionnels avaient reconnu qu'il constituait l'un des principes constitutionnels des services publics²⁷ sans faire initialement référence ni au principe de laïcité ni à une neutralité religieuse, laquelle n'était pas pour autant exclue de son affirmation première. Plus récemment, il mentionnera la nécessaire neutralité du service public de l'état civil en considérant que les maires, en tant qu'officiers d'état civil et donc en tant que représentants de l'État, ne peuvent invoquer leur liberté de conscience pour s'opposer à la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe rendu possible par la loi²⁸. Enfin, le Conseil rattachera au principe de laïcité la neutralité de l'État tout en soulignant qu'il résulte également dudit principe que la République ne reconnaît aucun culte. Il en découle aussi le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et la garantie du libre exercice des cultes par la République. Par ailleurs, il implique que celle-ci ne salarie aucun culte²⁹.

26. Cons. const., 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Cette décision, rappelée dans l'étude d'impact accompagnant le projet de loi, est vraisemblablement instrumentalisée pour la lutte contre le séparatisme. V. l'étude d'impact précit., p. 13.

27. Cons. const., 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, cons. 6.

28. Cons. const., 18 oct. 2013, n° 2013-353 QPC, *M. Franck M. et autres*. Dans la continuité, la loi étudiée souligne dans son article 6 que « pour les attributions qu'ils exercent au nom de l'État, le maire ainsi que les adjoints et les membres du conseil municipal agissant par délégation du maire dans les conditions fixées à l'article L. 2122-18 sont tenus à l'obligation de neutralité et au respect du principe de laïcité ».

29. Cons. const., 21 févr. 2013, n° 2012-297 QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, cons. 5. Le Conseil admettra tout de même des exceptions à cela en faisant application d'une interprétation exégétique. En prenant appui sur les travaux préparatoires du projet de la Constitution du 27 octobre 1946 relatifs à son article 1^{er} et sur ceux du projet de la Constitution du 4 octobre 1958 qui a repris la même disposition, il observe « qu'en proclamant que la France est une "République... laïque", la Constitution n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération de ministres du culte ». La législation dérogatoire d'Alsace-Moselle n'est donc pas contraire à la Constitution. Par le même raisonnement, le Conseil aboutira à une solution identique en reconnaissant la constitutionnalité de la rémunération des ministres du culte catholique en Guyane : Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-633 QPC, *Collectivité territoriale de la Guyane*.

1.1.2. UNE NEUTRALITÉ RAPPELÉE PAR LE LÉGISLATEUR

En observation de l'article 1^{er} de la loi confortant le respect des principes de la République, il appartient aux organismes publics ou privés en charge de l'exécution d'une mission de service public de veiller à ce que les salariés ou les personnes sur lesquelles ils exercent une autorité hiérarchique ou un pouvoir de direction, lorsqu'ils participent à l'exécution du service public, s'abstiennent notamment de manifester leurs opinions politiques ou religieuses, traitent de façon égale toutes les personnes et respectent leur liberté de conscience et leur dignité (art. 1-I). En vertu de cette même disposition, ces principes sont appliqués aux salariés des titulaires de contrats de marché public, des concessionnaires, des bailleurs sociaux et des organismes qui ont une mission de service public³⁰. Il en va de même pour le titulaire d'un contrat de la commande publique ayant pour objet, en tout ou partie, l'exécution d'un service public, qui est tenu d'assurer l'égalité des usagers devant le service public et de veiller au respect des principes de laïcité et de neutralité du service public (art. 1-II). Cette affirmation est sans réelle nouveauté pour les agents publics en observation de la jurisprudence du Conseil d'État³¹ et de la loi du 20 avril 2016 qui a introduit dans le statut des fonctionnaires l'obligation de neutralité et le respect du principe de laïcité dans l'exercice de leurs fonctions³². Elle est néanmoins accompagnée d'une nouvelle mesure imposant aux agents de la police municipale, de l'administration pénitentiaire, de la police nationale et de la gendarmerie nationale, préalablement à leur prise de fonctions, de déclarer solennellement servir avec dignité et loyauté la République, ses principes de liberté, d'égalité et de fraternité et sa Constitution par une prestation de serment (art. 2). Par ailleurs, la formation de tout fonctionnaire au principe de laïcité est inscrite dans la loi tout comme la désignation d'un référent laïcité au sein des

30. Il en va ainsi de SNCF réseau, de la RATP, des Aéroports de Paris, des sociétés HLM, etc.

31. V. à ce propos la jurisprudence citée par X. DUPRE DE BOULOIS, *Droits des libertés fondamentales*, Paris, PUF, 2018, p. 275 et 379. À l'occasion de son avis *Marteaux* du 3 mai 2000, le Conseil d'État a précisé la portée du principe de laïcité tel qu'il s'impose aux agents de l'Administration, et notamment aux agents du service de l'enseignement public. Si les agents de l'enseignement public disposent de la liberté de conscience, et ne sauraient subir de discriminations de ce fait, ils n'ont pas la possibilité, en revanche, de manifester leurs croyances dans le cadre du service.

32. V. l'art. 1 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, intégrant un nouvel article 25 dans la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Il est également précisé que le fonctionnaire s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses. En outre, il traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité. Il appartient à tout chef de service de veiller au respect de ces principes dans les services placés sous son autorité.

administrations de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics (art. 3). Enfin, le contrôle sur les actes des collectivités locales est enrichi d'un nouveau cas de déféré préfectoral en urgence pour ceux qui porteraient gravement atteinte à la laïcité ou à la neutralité dans un service public. Le préfet pourra déférer l'acte et en demander la suspension au juge administratif qui aura 48 heures pour décider (art. 5).

Pour le reste, la jurisprudence avait déjà fait de la neutralité et de la laïcité des obligations inhérentes à l'exécution du service public et ce indépendamment de la nature de l'entité chargée de l'exécution du service public et du statut de son personnel³³. La loi reprend donc ces exigences dans le but de mieux protéger l'égalité des usagers devant le service public et de veiller au respect des principes de laïcité et de neutralité du service public lorsque l'exécution d'une mission de service public est confiée à une entreprise privée ou à un organisme de droit public employant des salariés soumis au droit du travail. S'il reste possible de douter de l'utilité de ces dispositions, le Conseil d'État, dans son avis, a reconnu la pertinence de leur rappel eu égard aux manquements à ces principes régulièrement constatés dans les entreprises de transport public de voyageurs et cités dans l'étude d'impact du gouvernement. Pour poursuivre sur ce sujet, les principes précités ne concernent vraisemblablement pas le cas des parents d'élèves qui accompagnent les sorties scolaires. Non seulement leur situation d'usagers du service public de l'enseignement les met à l'écart de ces exigences, mais le rajout d'un amendement sénatorial sur ce point précis permet de comprendre qu'il n'était pas abordé par l'article 1^{er} de la loi. Ainsi, une majorité du parti Les Républicains au Sénat a proposé d'étendre le principe de neutralité religieuse aux accompagnants des sorties scolaires, par un amendement voté le 30 mars 2021³⁴ sans être retenu dans le texte finalement adopté par le Parlement. L'extension de l'application du principe de laïcité dans l'espace public risquait effectivement de se heurter à la censure du Conseil constitutionnel³⁵.

33. V. l'avis du CE (précit., p. 7) rappelant notamment une jurisprudence de la Cour de cassation concernant les agents des caisses primaires d'assurance maladie (Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690).

34. Il était ainsi question d'étendre l'application de la loi du 15 mars 2004 aux parents d'élèves assurant l'accompagnement des enfants dans les sorties scolaires. Après le premier alinéa de l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation, il était donc proposé d'insérer un alinéa ainsi rédigé : « À l'occasion de la participation à l'encadrement des activités et sorties scolaires, le port de signes ou de tenues par lesquels les parents d'élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. »

35. Il en serait allé vraisemblablement de même pour l'amendement sénatorial visant à interdire le port du burkini dans les piscines municipales ou à prohiber le port du foulard pour les mineures dans l'espace public.

1.2. LA PÉNALISATION DES COMPORTEMENTS ANTI-RÉPUBLICAINS

La pénalisation des comportements anti-républicains a été pensée pour assurer une protection aux personnes participant à l'exécution d'une mission de service public (1.2.1) avec des sanctions reconnues conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel (1.2.2).

1.2.1. UNE PROTECTION ASSURÉE AUX PERSONNES PARTICIPANT À L'EXÉCUTION D'UNE MISSION DE SERVICE PUBLIC

Après avoir rappelé les obligations qui pèsent notamment sur les personnes participant à l'exécution d'une mission de service public et qui leur imposent de respecter le principe d'égalité des usagers devant le service public, le principe de laïcité et de neutralité du service public, le législateur a entendu apporter à ces mêmes personnes une protection spécifique car elles peuvent être prises pour cibles au regard des valeurs qu'elles représentent et dont elles ont en charge la mise en œuvre. Ainsi les délits de « séparatisme » et d'entrave à la fonction d'enseignant sont créés. En observation du premier, les personnes participant à l'exécution d'une mission de service public sont protégées contre les menaces, les violences ou tout autre acte d'intimidation permettant d'obtenir pour soi-même ou pour autrui une exemption totale ou partielle ou une application différenciée des règles qui régissent le fonctionnement du service public. À ce titre, l'article 9 de la loi introduit un article 433-3-1 dans le Code pénal en observation duquel les faits précités sont punis de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende³⁶. En outre, l'interdiction du territoire français peut être prononcée soit à titre définitif, soit pour une durée maximale de dix ans, à l'encontre de tout étranger coupable de ladite infraction³⁷. En observation du second, directement lié à l'affaire Samuel Paty, l'article 10 de la loi ajoute un alinéa à l'article 431-1 du Code pénal prévoyant que le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la fonction d'enseignant est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

À côté de ces dispositifs, le législateur a prévu des moyens d'action au bénéfice des agents publics par lesquels ces derniers pourront activer un système d'alerte pour signaler les menaces ou les atteintes à l'intégrité physique dont ils

36. Ce mécanisme repose sur un dépôt de plainte du représentant de l'Administration ou de la personne de droit public ou de droit privé à laquelle a été confiée la mission de service public lorsqu'il a connaissance de faits susceptibles de constituer l'infraction précitée.

37. C. pén., art. 433-23-1.

sont victimes³⁸. L'Administration ainsi informée, par l'un de ses agents ou par tout autre moyen, d'un risque manifeste d'atteinte grave à l'intégrité physique du fonctionnaire, est tenue de prendre, sans délai et à titre conservatoire, les mesures d'urgence de nature à faire cesser ce risque et à prévenir la réalisation ou l'aggravation des dommages directement causés par ces faits³⁹. Enfin, le Code pénal a été enrichi pour lutter contre la mise en danger d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou titulaire d'un mandat électif public par les moyens de communication dématérialisée que sont Internet en général et les réseaux sociaux en particulier. Ainsi, le fait de révéler, de diffuser ou de transmettre, par quelque moyen que ce soit, des informations relatives à la vie privée, familiale ou professionnelle des personnes précitées permettant de les identifier ou de les localiser aux fins de les exposer ou d'exposer les membres de leur famille à un risque direct d'atteinte à la personne ou aux biens que l'auteur ne pouvait ignorer est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende⁴⁰.

1.2.2. DES SANCTIONS PÉNALES RECONNUES CONFORMES À LA CONSTITUTION

Le Conseil constitutionnel a tout d'abord délivré un brevet de constitutionnalité aux dispositions législatives mettant en place un nouveau délit de mise en danger de la vie d'autrui par diffusion d'informations relatives à la vie privée, familiale ou professionnelle (art. 36)⁴¹. Après avoir affirmé, sans explication particulière, qu'il ne portait pas une atteinte excessive à la liberté d'expression et de communication, le Conseil l'a surtout examiné au regard du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines résultant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et imposant au Parlement de déterminer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire. En ce qui concerne le délit prévu par le premier alinéa de l'article 223-1-1 du Code pénal, les juges constitutionnels reconnaissent sa constitutionnalité dans la mesure où il est bien défini à la fois sur le plan matériel et moral tout en faisant l'objet d'une peine proportionnée. En effet, l'auteur doit,

38. Art. 11 1° de la loi, modifiant l'article 6 quater A de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

39. Art. 11 2° de la loi, modifiant le IV de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983.

40. Art. 36 de la loi, introduisant l'article 223-1-1 du Code pénal. Les journalistes sont également protégés par ce dispositif. Pour les autres personnes, les faits sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

41. À ce sujet V. Ch. BIGOT, « Les discours de haine et les contenus illicites en ligne », *RFDA* 2021, p. 835.

d'abord, révéler, diffuser ou transmettre, par tout moyen, des informations relatives à la vie privée, familiale ou professionnelle d'une personne qui permettent soit de l'identifier, soit de la localiser. Ensuite, la divulgation de ces informations doit être effectuée dans le but d'exposer cette personne ou les membres de sa famille à un risque direct d'atteinte à leur vie ou à leur intégrité ou encore à leurs biens. Enfin, en prévoyant une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le législateur n'a pas institué une peine manifestement disproportionnée au regard de la nature du comportement réprimé.

Dans le cadre de l'examen de la constitutionnalité du nouveau délit de « séparatisme », le Conseil constitutionnel était appelé à se prononcer sur la méconnaissance par le Parlement du principe d'égalité devant la loi pénale et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. En d'autres termes, il était reproché au nouvel article 433-3-1 du Code pénal de faire double emploi avec l'article 433-3 du même code. Il en résulterait donc selon les députés auteurs de la saisine « une incertitude juridique qui permettrait aux autorités de poursuite de choisir discrétionnairement l'une ou l'autre de ces incriminations, en méconnaissance des principes de clarté de la loi et d'égalité devant la loi pénale ». Pour rappel, l'article 9 de la loi déferée insère au sein du Code pénal un article 433-3-1 visant à réprimer le fait « d'user de menaces ou de violences ou de commettre tout autre acte d'intimidation à l'égard de toute personne participant à l'exécution d'une mission de service public, afin d'obtenir pour soi-même ou pour autrui une exemption totale ou partielle ou une application différenciée des règles qui régissent le fonctionnement dudit service ». L'incrimination créée par les dispositions contestées a pour objet de réprimer d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende les faits ainsi caractérisés. Le dernier alinéa de l'article 433-3 du Code pénal, de son côté, punit de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait d'user de menaces ou de violences, ou de commettre tout autre acte d'intimidation pour obtenir d'une personne investie d'un mandat électif public ou exerçant l'une des fonctions mentionnées aux trois premiers alinéas de ce même article « soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat, soit qu'elle abuse de son autorité vraie ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable ».

En raison des différences de sanctions, il est vrai que les autorités de poursuite peuvent être amenées, selon la disposition choisie, à faire preuve de

clémence en appliquant l'article 433-3-1 à des faits relevant de l'article 433-3 ou de sévérité en inversant le précédent raisonnement. En réponse, le Conseil reconnaît que les dispositions contestées répriment des faits susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'incrimination prévue au dernier alinéa de l'article 433-3. Toutefois, il existe des différences observables entre les deux sur le terrain de l'intention de l'auteur des faits et en ce qui concerne les personnes qui sont l'objet des menaces, violences ou autres actes d'intimidation. En outre, le législateur a expressément prévu que l'incrimination prévue au dernier alinéa de l'article 433-3 ne s'appliquerait pas aux faits incriminés par les dispositions contestées. Si en observation de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse », le principe d'égalité devant la loi pénale ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente. En conséquence, le Conseil constitutionnel ne relève pas d'inconstitutionnalité sur ce point particulier ni au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

2. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES LIMITANT DE NOMBREUX DROITS ET LIBERTÉS CONSTITUTIONNELLEMENT RECONNUS

Au titre des dispositions législatives restreignant les droits et libertés reconnus et protégés par la Constitution, il faut opérer une distinction entre celles qui ont été déferées au Conseil constitutionnel⁴² (2.1) et les autres qui n'ont fait l'objet d'aucun grief de la part des parlementaires ou du Conseil par le biais de moyens soulevés d'office (2.2).

2.1. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES SOUMISES AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité préventif, le Conseil constitutionnel a censuré certaines dispositions législatives pour méconnaissance de la liberté d'association ou, en ce qui concerne les droits des étrangers, de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (2.1.1). En revanche, d'autres, soumises à son appréciation au regard de l'atteinte au droit à l'instruction, ont été déclarées conformes à la Constitution (2.1.2).

42. Cons. const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, *Loi confortant le respect des principes de la République*.

2.1.1. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES CENSURÉES POUR MÉCONNAISSANCE DE LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION ET DE L'OVC D'ACCESSIBILITÉ ET D'INTELLIGIBILITÉ DE LA LOI

Dans le cadre du cinquantième anniversaire de la décision du Conseil constitutionnel relative à la liberté d'association⁴³, les juges constitutionnels ne pouvaient qu'être attentifs aux mesures législatives concernant un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le Préambule de la Constitution⁴⁴. En vertu de ce principe, les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable.

Ce ne sont toutefois pas toutes les nouvelles règles contraignantes initiées par la loi qui ont fait l'objet d'une censure. Ainsi, l'article 12, insérant au sein de la loi du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, un article 10-1 prévoyant que toute association ou fondation sollicitant l'octroi d'une subvention publique doit souscrire un contrat d'engagement républicain, a été constitutionnellement confirmé. Les obligations prévues au titre de ce contrat sont celles de respecter les principes de liberté, d'égalité, de fraternité et de dignité de la personne humaine, ainsi que les symboles de la République au sens de l'article 2 de la Constitution, c'est-à-dire l'emblème national, l'hymne national et la devise de la République, celle de ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République et, enfin, celle de s'abstenir de toute action portant atteinte à l'ordre public⁴⁵. Dès lors, le législateur a défini précisément les obligations prévues par le contrat d'engagement républicain ce qui a permis au Conseil d'estimer que le Parlement n'avait méconnu ni l'étendue de sa compétence ni l'objectif de valeur constitutionnelle (OVC) d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. En conséquence, l'obligation faite à une association de souscrire un contrat d'engagement républicain lorsqu'elle sollicite une subvention publique n'a pas pour objet d'encadrer les conditions dans lesquelles elle se constitue et exerce son activité. En revanche, le refus de la subvention demandée ou son retrait par l'autorité sollicitée, lorsque l'objet de l'association ou de la fondation, son activité ou les modalités d'exercice de celle-ci sont illicites ou incompatibles avec le contrat d'engagement républicain, ont été examinés dans le détail. En particulier, la question du retrait – emportant avec

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

44. Sur ce point, V. not. J. MORANGE, « Les associations », *RFDA* 2021, p. 824.

45. Le Conseil a souligné qu'il résulte des travaux parlementaires que cette dernière obligation vise les actions susceptibles d'entraîner des troubles graves à la tranquillité et à la sécurité publiques.

elle l'obligation de restituer des subventions publiques déjà versées⁴⁶ – est susceptible d'entraîner des conséquences sur les conditions d'exercice de l'activité associative. Ainsi, les juges constitutionnels ont considéré nécessaire de formuler une réserve d'interprétation en précisant que « ce retrait ne saurait, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'association, conduire à la restitution de sommes versées au titre d'une période antérieure au manquement au contrat d'engagement⁴⁷ ».

Si les règles relatives à de nouveaux cas de dissolution administrative d'une association ou d'un groupement de fait n'ont pas fait l'objet d'une invalidation constitutionnelle, il n'en va pas de même de la suspension, à titre conservatoire, des activités de l'association ou du groupement de fait faisant l'objet d'une procédure de dissolution en cours. Dans un cas comme dans l'autre, le Conseil a souligné que les atteintes portées à cette liberté, poursuivies par l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. Dans la première hypothèse, les dispositions contestées ajoutent dans le Code de la sécurité intérieure un nouveau motif de dissolution tenant à la provocation à des agissements violents à l'encontre des personnes ou des biens et prévoient, par ailleurs, les conditions dans lesquelles une association ou un groupement de fait peut être dissous en raison d'agissements commis par un ou plusieurs de ses membres (art. 16). À ce propos, le Conseil constitutionnel n'a pas retenu de problème particulier car les dispositions contestées ne prévoient la dissolution que d'associations ou groupements de fait dont les activités troublent gravement l'ordre public et parce qu'elles ne permettent d'imputer aux associations et groupements de fait les agissements de leurs membres que lorsqu'ils les ont commis en cette qualité ou que ces agissements sont directement liés aux activités de l'association ou du groupement, et que leurs dirigeants, bien qu'informés, se sont abstenus de prendre les mesures nécessaires pour les faire cesser, compte tenu des moyens dont ils disposaient. En outre, la procédure de dissolution respecte les droits de la défense ainsi que le principe du contradictoire⁴⁸ et débouche sur une décision du chef de l'État impérativement écrite et motivée. Enfin, le décret présidentiel peut

46. En cas de manquement au contrat d'engagement, il est procédé au retrait de la subvention publique, à l'issue d'une procédure contradictoire, sur décision motivée de l'autorité administrative et un délai de six mois est imparti à l'association pour restituer les fonds qui lui ont été versés.

47. V. Cons. const., 13 août 2021, précit., cons. 25.

48. La décision de dissolution ne peut intervenir qu'après que l'association ou le groupement, assisté ou représenté le cas échéant par un conseil ou un mandataire, a été mis à même de présenter des observations écrites et, sur sa demande, des observations orales.

faire l'objet d'un recours devant le juge administratif, y compris par la voie du référé, qui s'assure qu'elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité de sauvegarde de l'ordre public poursuivie, eu égard à la gravité des troubles susceptibles de lui être portés par les associations et groupements de fait visés. Dans la deuxième hypothèse, en revanche, les juges constitutionnels ont censuré le nouvel article L. 212-1-2 permettant au ministre de l'Intérieur de prononcer la suspension des activités d'une association ou d'un groupement de fait faisant l'objet d'une procédure de dissolution sur le fondement de l'article L. 212-1 du Code de la sécurité intérieure en cas d'urgence et à titre conservatoire, pour une durée maximale de trois mois, renouvelable une fois (art. 16). Le dispositif législatif – basé uniquement sur le seul critère de l'urgence – a été considéré comme portant une atteinte à la liberté d'association qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée car il donne au ministre de l'Intérieur la possibilité de suspendre pour une durée pouvant atteindre six mois les activités d'une association dont il n'est pas encore établi qu'elles troublent gravement l'ordre public.

Parmi les dispositions législatives contestées, il y avait également celles qui prévoient que la délivrance ou le renouvellement de tout titre de séjour peut être refusé à un étranger s'il est établi qu'il a manifesté un rejet des principes de la République (art. 26). Ce même motif peut également fonder le retrait d'un titre de séjour. En la matière, le Conseil constitutionnel commence par rappeler sa jurisprudence bien établie en observation de laquelle les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux, ce qui peut justifier l'adoption de règles particulières. Il n'existe, en effet, « aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle qui assurent aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ». Les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent donc être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus. Toutefois, si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques basées sur l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République et notamment la liberté d'aller et venir et le droit de mener une vie familiale normale. En outre, l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, rattaché aux articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, impose au Parlement d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou

contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi. En bref, le Parlement doit veiller à épuiser la compétence qui est la sienne en étant le plus clair possible quand il se prononce. En prévoyant, par les dispositions contestées, que la délivrance ou le renouvellement de tout titre de séjour peut être refusé à un étranger s'il est établi qu'il a manifesté un rejet des principes de la République⁴⁹, le législateur n'a pas respecté cette dernière exigence. Le Conseil estime effectivement qu'en faisant référence aux « principes de la République », sans autre précision, et en se bornant à exiger que la personne étrangère ait « manifesté un rejet » de ces principes, le Parlement n'a pas permis d'identifier de façon suffisamment précise les comportements justifiant le refus de délivrance ou de renouvellement d'un titre de séjour ou le retrait d'un tel titre.

2.1.2. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES RELATIVES AU DROIT À L'INSTRUCTION RECONNUES CONFORMES À LA CONSTITUTION

Le Conseil constitutionnel a délivré un brevet de constitutionnalité aux dispositions législatives relatives aux nouvelles règles sur l'instruction des enfants⁵⁰. L'instruction est obligatoire pour tous les enfants, français et étrangers, à partir de 3 ans et jusqu'à 16 ans. À l'origine, il était possible de choisir de scolariser les enfants dans un établissement scolaire public ou privé ou bien pour les parents, ou la personne de leur choix, d'assurer directement cette instruction moyennant une déclaration en mairie et un contrôle régulier de l'inspection académique sur les connaissances et compétences acquises. Désormais, la scolarisation de tous les enfants dans un établissement scolaire devient obligatoire à la rentrée 2022 et l'instruction d'un enfant en famille ne peut être demandée qu'à titre de dérogation. En outre, « l'école à la maison » sera soumise à autorisation de l'autorité compétente en matière d'éducation et accordée uniquement en raison de l'état de santé ou handicap de l'enfant, ou bien de la pratique d'activités sportives ou artistiques intensives ou encore en raison de l'itinérance de la famille ou de l'éloignement géographique de tout établissement scolaire public ou enfin en observation d'une situation propre à l'enfant et motivant le projet éducatif (art. 49). En d'autres termes, seules des exigences tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant peuvent être apportées au soutien de la demande et motiver l'autorisation administrative. En conséquence, ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour

49. Ce même motif peut également fonder le retrait d'un titre de séjour.

50. Sur cet aspect, V. N. SILD, « L'éducation », *RFDA* 2021, p. 845.

effet de porter atteinte à la liberté de conscience ou d'opinion des personnes qui présentent un projet d'instruction en famille. Le changement opéré a été présenté comme portant atteinte à la liberté de l'enseignement⁵¹.

Refusant de faire de l'instruction en famille une composante du principe fondamental reconnu par les lois de la République de la liberté de l'enseignement, le Conseil a néanmoins vérifié que le législateur avait bien épuisé sa compétence en organisant les principes fondamentaux de l'enseignement comme le précise l'article 34 de la Constitution. Tel est le cas en l'espèce car l'autorisation d'instruction en famille – dont les modalités seront précisées par un décret en Conseil d'État – est accordée en raison de « l'existence d'une situation propre à l'enfant motivant le projet éducatif, sous réserve que les personnes qui en sont responsables justifient de la capacité de la ou des personnes chargées d'instruire l'enfant ». Cela implique pour l'autorité administrative de s'assurer que cette personne est en mesure de permettre à l'enfant d'acquérir le socle commun de connaissances, de compétences et de culture défini à l'article L. 122-1-1 du Code de l'éducation au regard des objectifs de connaissances et de compétences attendues à la fin de chaque cycle d'enseignement de la scolarité obligatoire. Par ailleurs, en prévoyant que cette autorisation est accordée en raison de « l'existence d'une situation propre à l'enfant motivant le projet éducatif », le législateur a entendu que l'autorité administrative s'assure que le projet d'instruction en famille comporte les éléments essentiels de l'enseignement et de la pédagogie adaptés aux capacités et au rythme d'apprentissage de l'enfant. Enfin, le Conseil émet une réserve d'interprétation destinée à compléter utilement le dispositif législatif en soulignant « [qu'] il appartiendra, sous le contrôle du juge, au pouvoir réglementaire de déterminer les modalités de délivrance de l'autorisation d'instruction en famille conformément à ces critères et aux autorités administratives compétentes de fonder leur décision sur ces seuls critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit ». Dans l'ensemble, les dispositions contestées ne sont pas entachées d'incompétence négative et ne méconnaissent pas l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

51. V. les saisines des députés (p. 3) et des sénateurs (p. 3) sur ce sujet : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021823DC.htm> et l'avis de la CNCDH du 4 février 2021 (p. 6) : https://www.cncdh.fr/sites/default/files/a_-_2021_-_1_-_pjl_principes_de_la_republique_janv_2021.pdf [consultés le 10 janv. 2022].

2.2. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES NON CONTRÔLÉES PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le libre exercice du culte (2.2.1) tout comme les droits des personnes et l'égalité entre les femmes et les hommes (2.2.2) sont concernés par des dispositions législatives qui n'ont pas été contestées devant les juges constitutionnels.

2.2.1. LE LIBRE EXERCICE DU CULTE

Présentée par le gouvernement comme l'un des piliers de la loi, la liberté de culte est intégrée dans le texte législatif dans un titre destiné à la garantir. Toutefois, la lecture d'ensemble du dispositif législatif donne le sentiment d'un net renforcement des règles concernant les associations cultuelles et de la police des cultes en modifiant de façon inédite la loi du 9 décembre 1905 et la loi du 2 janvier 1907. À ce titre, le Conseil d'État a formulé une réserve générale dans son avis en constatant « que le projet conduit à imposer des contraintes importantes à une majorité d'associations cultuelles ou à objet mixte de toutes confessions dont les agissements, de même que le comportement des ministres du culte et des fidèles, sont dans leur grande majorité respectueux des règles communes ». Il s'interroge, par ailleurs, « sur la capacité de la réforme à atteindre tous ses buts, au regard des comportements de certains courants religieux qui tendent à échapper aux cadres institutionnels destinés à les organiser en s'en tenant à l'écart ou en les contournant⁵² ».

En matière de culte, la loi poursuit un triple objectif de contrôle de la création et de l'administration des associations cultuelles, de transparence des avantages octroyés par les collectivités locales en matière de construction des lieux de culte et de renforcement de la police des cultes⁵³. S'agissant de la création et de l'administration des associations cultuelles, il est avant tout question d'exercer une surveillance des dites structures et des influences dont elles peuvent faire l'objet de la part de mouvements religieux radicaux ou d'États étrangers. Ainsi, sur le premier aspect, les associations cultuelles sont désormais dans l'obligation de se déclarer en préfecture tous les cinq ans, ce qui donnera l'occasion d'observer les éventuels changements opérés dans leur

52. CE, avis, 3 déc. 2020, précit., p. 35.

53. Sur ce sujet, V. not. P. DELVOLLE, « Les cultes », *RFDA* 2021, p. 856. V. également M. PHILIP-GAY, « Le libre exercice du culte, une remise en cause de l'équilibre de la loi de 1905 ? », *AJDA* 2021, p. 2078.

administration⁵⁴. L'article 69 de la loi prévoyant ladite formalité doit effectivement être lu en combinaison avec l'article 68 qui impose aux associations culturelles de renforcer leurs procédures de démocratie interne pour mieux lutter contre les tentatives de prise de contrôle par des groupes radicaux ou contre des personnes qui souhaiteraient s'approprier le fonctionnement de l'association contre la volonté de ses membres. À cette fin, l'article 68 exige la mise en place de règles de fonctionnement interne permettant de garantir une meilleure maîtrise par leurs membres des décisions prises par l'association en donnant le pouvoir à un organe délibérant de se prononcer sur l'adhésion des nouveaux membres, sur les modifications statutaires, les cessions immobilières ou encore le recrutement des ministres du culte si ce dernier aspect relève des compétences de l'association. L'obligation de déclaration en préfecture tous les cinq ans a donc pour vocation de permettre à l'Administration de s'assurer que les associations qui se déclarent culturelles respectent bien les règles applicables à cette catégorie et qu'aucun motif d'ordre public n'y fait obstacle. Il y a donc ici « une immixtion du législateur dans le fonctionnement des associations culturelles⁵⁵ » que le Conseil d'État a réussi à tempérer en suggérant au gouvernement de remplacer l'agrément initialement prévu en la matière par la procédure de la déclaration préalable. Par ailleurs, sur le second point, leurs obligations comptables⁵⁶ sont renforcées pour contrôler notamment les financements provenant de l'étranger. Ainsi, les dons étrangers de plus de 10 000 euros et la cession de lieux de culte à un État étranger devront être déclarés. Le préfet pourra s'y opposer lorsqu'un intérêt fondamental de la société est en jeu (art. 77). Si

54. Dans le régime initial rappelé par le Conseil d'État dans son avis, les associations culturelles se constituent librement et bénéficient de plein droit des avantages attachés à leur statut sans avoir à effectuer de démarches préalables. Ce n'est que lorsque le préfet s'oppose en application de l'article 910 du Code civil aux libéralités reçues par une association au motif qu'elle ne remplit pas les conditions pour être reconnue comme association culturelle que cette qualité peut être contestée par l'Administration. Hors ce cas, c'est à la demande de l'association elle-même que la qualité d'association culturelle peut lui être reconnue, soit que, n'ayant pas reçu de libéralités au cours des cinq années précédentes, elle souhaite savoir, sur le fondement du V de la loi du 12 mai 2009 si elle entre dans la catégorie des associations culturelles (« rescrit administratif »), soit qu'elle demande sur le fondement de l'article L. 80 B du Livre des procédures fiscales si elle peut faire bénéficier ses donateurs des exemptions prévues aux articles 200 et 238 bis du Code général des impôts (« rescrit fiscal »).

55. V. CE, avis, 3 déc. 2020, précit., p. 36.

56. Il en va de même pour les associations dites mixtes qui relèvent de la loi du 1^{er} juillet 1901 et qui exercent un culte. Leurs obligations administratives et comptables sont alignées sur celles des associations culturelles : certification de leurs comptes, distinction comptable de leurs activités culturelles du reste de leurs activités, déclaration de l'argent provenant de l'étranger. Le préfet pourra enjoindre à une association dont l'objet est en réalité l'exercice d'un culte à se déclarer comme association culturelle (art. 73).

les aides financières aux associations culturelles en provenance de l'étranger sont toujours possibles, le nouveau système doit permettre de prévenir ou de rendre plus difficile l'éventuelle ingérence d'États étrangers ou d'organisations liées à ces États dans le fonctionnement d'une association. Selon le Conseil d'État, l'amélioration du contrôle de ces ressources répond à des exigences d'ordre public⁵⁷. De façon corrélative, pour favoriser l'autonomie financière de ces associations, il sera désormais possible pour elles de détenir et d'exploiter des immeubles de rapport acquis par legs ou don (art. 71) alors qu'auparavant elles ne pouvaient détenir et administrer que les immeubles directement nécessaires à leur objet et les locaux administratifs nécessaires à leur fonctionnement.

En ce qui concerne les avantages accordés par les collectivités locales pour la construction de lieux de culte, un amendement dit « mosquée de Strasbourg » renforce les exigences de transparence en la matière. En 2021, à la suite du financement partiel de la mosquée Eyyüb Sultan par la mairie de Strasbourg⁵⁸, le ministre de l'Intérieur – estimant que ledit édifice était construit par une organisation turque⁵⁹ poursuivant un islam politique et ayant refusé de signer la charte relative à l'islam de France – avait sollicité l'intervention de la préfecture pour l'exercice d'un recours devant le tribunal administratif afin de faire annuler la délibération du conseil municipal ayant accordé 2,5 millions d'euros pour la réalisation dudit projet. Désormais, les communes et départements devront informer préalablement le préfet, avant toute garantie publique pour un emprunt destiné à la construction d'un édifice cultuel ou la conclusion d'un bail emphytéotique (art. 70).

Enfin, la loi modifie la loi du 9 décembre 1905 sur la police des cultes. La peine en cas de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence commise par un ministre du culte est portée à cinq ans de prison (art. 82). La tenue de réunions politiques dans des lieux de culte est plus sévèrement sanctionnée et leur interdiction est étendue aux dépendances qui en constituent un accessoire indissociable (art. 84). En observation de la même disposition, il est également interdit d'y afficher, d'y distribuer ou d'y diffuser de la propagande électorale, que ce soit celle d'un candidat ou d'un élu. Dans la même logique, il n'est pas possible d'organiser des opérations de vote pour des élections politiques françaises ou étrangères dans un

57. V. CE, avis, 3 déc. 2020, précit., p. 39.

58. Une délibération du conseil municipal en date de 1999 permet une aide au culte musulman au nom du principe d'équité car celui-ci ne fait pas partie des cultes reconnus par le régime concordataire.

59. Il s'agit de la Confédération islamique Milli Görüs.

local servant habituellement à l'exercice du culte ou utilisé par une association culturelle. Enfin, le préfet pourra fermer provisoirement les lieux de cultes⁶⁰, tout comme leurs locaux dépendants, dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes ou tendent à justifier ou à encourager cette haine ou cette violence (art. 87)⁶¹.

2.2.2. LES DROITS DES PERSONNES ET L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES

Après avoir été utilisé pour la première fois par le Conseil constitutionnel en matière de bioéthique⁶², associé par ce même Conseil au droit au logement⁶³ ou convoqué au bénéfice des personnes placées en détention provisoire⁶⁴ ou de celles qui ont été condamnées⁶⁵, le principe de dignité était ici initialement invoqué dans le projet de loi⁶⁶ pour renforcer les droits des femmes et leur assurer une égalité de droits⁶⁷. S'il est finalement absent du texte de loi alors que le Conseil d'État n'avait fait valoir aucune opposition de

60. Cette fermeture, dont la durée doit être proportionnée aux circonstances qui l'ont motivée et qui ne peut excéder deux mois, est prononcée par arrêté motivé et est précédée d'une procédure contradictoire dans les conditions prévues au chapitre II du titre II du livre I^{er} du Code des relations entre le public et l'administration.

61. Les fermetures de lieux de culte par l'autorité de police administrative – à l'exception de celles qui sont fondées sur la méconnaissance des règles de sécurité de la législation relative aux établissements recevant du public et de celles qui résultent de l'état d'urgence sanitaire – étaient jusqu'à présent possibles pour des raisons de sécurité publique. Il en va ainsi lorsque l'état d'urgence a été déclaré, en application de l'article 8 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, et qu'y sont « tenus des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes ». Il en va aussi, en vertu de l'article L. 227-1 du Code de sécurité intérieure, « aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme ».

62. Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC.

63. Cons. const., 19 janv. 1995, n° 94-359 DC.

64. Cons. const., 2 oct. 2020, n° 2020-858/859 QPC. En matière de régime disciplinaire des personnes détenues placées en détention provisoire ou exécutant une peine privative de liberté, V. Cons. const., 19 nov. 2019, n° 2009-593 DC ; en matière de garde à vue, Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC ; en matière d'hospitalisation sans consentement, Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC ; en matière de « *petit dépôt* » (période qui commence entre la fin de la garde à vue et, en cas de décision de défèrement, la comparution de la personne devant le tribunal correctionnel), Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-80 QPC.

65. Cons. const., 16 avr. 2021, n° 2021-898 QPC.

66. Le chapitre III du projet de loi était intitulé « Dispositions relatives à la dignité de la personne humaine ». Il a été ultérieurement remplacé par le titre suivant : « Dispositions relatives au respect des droits des personnes et à l'égalité entre les femmes et les hommes ».

67. Sur ce point, V. L. LEVENEUR, « Les droits des personnes », *RFDA* 2021, p. 831.

principe dans son avis, les dispositions fondées sur le principe de dignité sont quant à elles maintenues. Ainsi, le législateur a souhaité assurer une meilleure protection aux héritiers réservataires sur les biens situés en France dans le cas de successions relevant d'une loi étrangère ne reconnaissant pas l'égalité entre les enfants (art. 24). Selon le Conseil d'État, la loi « rétablit un droit de prélèvement compensatoire au profit des enfants venant à une succession soumise, en application des règles de conflit de lois, à une loi étrangère qui ignore tout mécanisme réservataire protecteur de leurs droits. [Elle] confère ainsi à la réserve héréditaire, institution très ancienne du droit successoral français, le caractère d'une règle d'ordre public international français⁶⁸ ».

Le Parlement a également abordé la question de la polygamie au regard des titres de séjour et des pensions de réversion. Selon l'article 25, aucun document de séjour ne peut être délivré à un étranger qui vit en France en état de polygamie et tout document de séjour détenu par un étranger dans une telle situation est retiré. Selon l'article 29, une pension de réversion ne peut être versée qu'à un seul conjoint survivant. En cas de pluralité de conjoints survivants, la pension de réversion est versée au conjoint survivant de l'assuré décédé dont le mariage a été contracté, dans le respect des dispositions de l'article 147 du Code civil, à la date la plus ancienne.

Par ailleurs, la loi améliore la lutte contre les mariages forcés en permettant, dans son article 35, à l'officier de l'état civil – en cas de suspicion au vu des pièces fournies par les futurs époux, des éléments recueillis au cours de leur audition commune ou des éléments circonstanciés extérieurs reçus, dès lors qu'ils ne sont pas anonymes – de s'entretenir individuellement avec chaque futur époux. Si des doutes subsistent, il est tenu de saisir le parquet. Si la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, découle des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, elle ne fait pas obstacle à ce que le législateur prenne des mesures de prévention ou de lutte contre les mariages contractés à des fins étrangères à l'union matrimoniale⁶⁹.

Enfin, le fait de contraindre une personne à se soumettre à un examen visant à attester sa virginité ou le fait de procéder à un tel examen est puni d'un an de prison et de 15 000 euros d'amende par l'article 34 de la loi. Cette pratique des certificats de virginité, qualifiée par l'Organisation mondiale de la santé de « médicalement inutile et souvent douloureuse, humiliante

68. CE, avis, 3 déc. 2020, précit., p. 21.

69. Cons. const., 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC, cons. 5.

et traumatisante⁷⁰ » ne faisait l'objet d'aucune interdiction en droit positif. Le Conseil d'État a précisé dans son avis que « l'établissement d'un certificat médical ayant pour seul objet d'attester qu'une femme n'a jamais eu de relations sexuelles, qui ne se justifie pas médicalement et porte atteinte à l'intégrité de la femme, poursuit en outre une finalité contraire au droit au respect de la vie privée de cette dernière ». Citant la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994, le juge administratif souligne que l'interdiction dudit certificat est, en outre, « justifiée au regard du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine qui protège contre toute forme d'asservissement et de dégradation, pouvant notamment résulter de traitements inhumains ou dégradants non justifiés par une nécessité médicale et de nature à inspirer “des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir”⁷¹ ».

70. *Eliminating Virginity Testing. An Interagency Statement*, Geneva, World Health Organization, 2018, WHO/RHR/18.15, cité dans l'avis du CE précité.

71. Le CE fait également état en la matière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en citant l'arrêt CEDH, Gde ch., 11 juill. 2066, n° 54810/00, *Jalloh c. Allemagne*.

Le contrat d'engagement républicain : quels changements pour les associations ?

Elsa FOREY

Université de Bourgogne, Centre de recherche et d'étude en droit et science politique (CREDESPO)

RÉSUMÉ

La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République impose la souscription et/ou le respect d'un contrat d'engagement républicain aux associations qui sollicitent l'octroi d'une subvention ou d'un agrément. Celles qui ne se plient pas à ces obligations s'exposent au refus ou à la perte de cet avantage, voire à la restitution des sommes versées le cas échéant. Très loin d'une logique partenariale, en dépit de ce que pourrait laisser penser son intitulé, le nouveau dispositif constitue une reprise en main par l'État des relations entre les associations et les collectivités territoriales.

ABSTRACT

The law of 24 August 2021 strengthening respect for the principles of the Republic requires associations applying for a grant or approval to sign and/or comply with a Republican commitment contract. Those who do not comply with these obligations run the risk to be denied or to lose the benefit or even to be obliged to return any sums received. Very far from a partnership approach, despite what its title might suggest, the new system constitutes a takeover by the State of relations between associations and local authorities.

« En terminer avec l'impuissance face à ceux qui malmènent la cohésion nationale et la fraternité, face à ce qui méconnaît la République et bafoue les exigences minimales de la vie en société, conforter les principes républicains, telle est l'ambition du projet de loi¹ ». Pour atteindre cet objectif, les dispositions de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République « concernent pratiquement tous les droits et libertés publiques² », à commencer par la liberté d'association. Attribution et restitution des subventions, délivrance d'un agrément, régime de la dissolution, fiscalité des associations, obligations en matière de transparence financière... ce ne sont pas moins d'une vingtaine de mesures qui touchent à l'organisation, au fonctionnement et au financement des associations. Parmi celles-là, les dispositions relatives au « contrat d'engagement républicain » ont été particulièrement mal accueillies par le mouvement associatif, qui y a vu un signe de défiance du Gouvernement à son égard.

Désormais, l'octroi d'un avantage sollicité par l'association auprès d'une personne publique est lié à la souscription et/ou au respect du contrat d'engagement républicain. Ainsi, en vertu de l'article 12 de la loi insérant un article 10-1 dans la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, toute association ou fondation qui sollicite l'octroi d'une subvention auprès d'une autorité administrative ou d'un organisme chargé de la gestion d'un service public industriel et commercial doit souscrire à un contrat d'engagement républicain. En outre, l'article 15 de la loi du 24 août 2021 modifie le tronc commun de l'agrément, en ajoutant aux trois conditions prévues par l'article 25-1 de la loi du 12 avril 2000³, le respect des principes du contrat d'engagement républicain. Enfin, une fondation ne peut être reconnue d'utilité publique que si elle respecte les principes du contrat d'engagement républicain (art. 18 modifié de la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat). Le respect des principes contenus dans le contrat d'engagement républicain conditionne aussi le maintien des avantages consentis à l'association. Ainsi, si l'association ou la fondation bénéficiaire d'une subvention « poursuit un objet ou exerce une activité illicite ou que l'activité ou les modalités selon lesquelles l'association ou la fondation la conduit sont incompatibles avec le contrat d'engagement républicain souscrit », l'organisme ayant attribué

1. Selon la formule de l'exposé des motifs du projet de loi.

2. CE, avis, 3 déc. 2020, n° 401549, projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République.

3. 1. Répondre à un objet d'intérêt général, 2. Présenter un mode de fonctionnement démocratique, 3. Respecter des règles de nature à garantir la transparence financière.

la subvention procède à son retrait (art. 10-1 de la loi du 12 avril 2000). Dans ce cas, le retrait s'accompagne d'une restitution des sommes versées. De même, « Toute association qui s'est vu délivrer un agrément est réputée remplir ces conditions pendant une durée de cinq ans dans le cadre de toute procédure d'agrément prévue par la législation » (art. 25-1 de la loi du 12 avril 2000, modifiée par la loi du 24 août 2021). Il ne s'agit donc que d'une présomption qui peut être renversée si l'association ne respecte plus le contrat d'engagement républicain. Enfin, si la signature du contrat n'est pas exigée pour les fondations reconnues d'utilité publique, il ressort de l'article 18 de la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat que le non-respect des principes du contrat expose les groupements bénéficiaires à la perte de cette qualité.

Sachant que 61 % des associations perçoivent au moins un financement public (les subventions représentent 20 % du budget cumulé des associations, l'autre mode de financement public étant constitué des commandes publiques qui représentent 24 % du budget des associations⁴), beaucoup d'entre elles sont concernées par ce dispositif. Selon Jean-Marie Pontier, nombre d'associations bénéficiaires ne vivent que grâce à ces subventions⁵. L'étude d'impact du projet de loi mentionne, par ailleurs, 300 000 associations qui seraient concernées par le « socle agrément », c'est-à-dire les nouvelles conditions de délivrance d'un agrément, parmi lesquelles les associations sportives, mais aussi des associations œuvrant à la défense de l'environnement, à la formation et à l'éducation populaire, à l'aide au domicile... Ces chiffres expliquent, en partie, la désapprobation de nombreuses associations dont une partie a d'ailleurs présenté des contributions extérieures devant le Conseil constitutionnel.

« Le dispositif instauré par la loi de 1901 n'a connu que peu de modifications et donne encore au droit français sa physionomie particulière », notait le Conseil d'État en 2001, dans un rapport sur les cent ans de la loi. Qu'en est-il après cette loi du 24 août 2021 ? Quelle sera la portée du nouveau dispositif sur le fonctionnement des associations et sur leurs rapports avec les collectivités publiques ? La nouveauté introduite par le contrat d'engagement républicain réside moins dans les obligations mises à la charge des associations (1) que dans celles qui s'imposent aux collectivités territoriales dans leurs relations avec les associations (2). Comme on le verra, ces intitulés

4. Étude d'impact, projet de loi confortant le respect des principes de la République, 8 déc. 2020, p. 74.

5. J.-M. PONTIER, « Une première définition légale des subventions publiques », *JCP G* 2014, 940.

ne doivent pas laisser penser à l'existence d'obligations réciproques entre les collectivités publiques et les associations bénéficiaires.

1. LES OBLIGATIONS MISES À LA CHARGE DES ASSOCIATIONS

Ce n'est pas nouveau, les associations concourent à des missions d'intérêt général ; elles sont ainsi devenues des partenaires privilégiées des personnes publiques. En contrepartie, elles se voient imposer des contraintes toujours plus nombreuses. Dans un ouvrage paru en 1970, Jean-Marie Garrigou-Lagrange voyait dans la multiplication des contrôles sur les associations « la rançon de la collaboration avec les collectivités publiques⁶ ». D'autres jugeaient avec méfiance cette évolution des relations entre les pouvoirs publics et les associations, en estimant qu'elle ne serait pas favorable à la liberté de ces dernières⁷. À cet égard, il existe déjà une vingtaine de contrôles⁸. Le contrat d'engagement républicain vient renforcer les contrôles sur les associations (1.1). En dépit de ce que laisse penser la dénomination de l'engagement républicain, celui-ci n'a rien d'un procédé contractuel (1.2).

1.1. DES OBLIGATIONS NOUVELLES ?

« La subversion ne peut pas vivre de subventions », avait souligné le ministre de l'Intérieur, pour résumer la logique du dispositif⁹. En vertu de l'article 10-1 modifié de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, l'association s'engage :

- 1° À respecter les principes de liberté, d'égalité, de fraternité et de dignité de la personne humaine, ainsi que les symboles de la République au sens de l'article 2 de la Constitution ;
- 2° À ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République ;
- 3° À s'abstenir de toute action portant atteinte à l'ordre public ».

Ces obligations sont essentiellement négatives, y compris l'engagement de « respecter » les principes mentionnés dans le 1^{er} alinéa. Ainsi, tandis

6. J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics*, Paris, LGDJ, 1970, p. 304.

7. Ch. DEBBASH, J. BOURDON, *Les associations*, Paris, PUF, 2006.

8. V. CONSEIL D'ÉTAT, *Les associations et la loi de 1901, cent ans après*, Paris, La Documentation française, 2000.

9. Ass. nat., compte rendu intégral de la séance du 5 février 2021.

qu'un certain nombre de parlementaires souhaitaient imposer aux associations la « promotion » des principes mentionnés dans le contrat, la majorité des députés et des sénateurs, acquise aux explications des rapporteurs du projet de loi, a préféré la notion de « respect », estimant que les associations n'avaient pas à être les relais des pouvoirs publics et qu'il était donc excessif d'exiger d'elles la promotion des principes défendus dans la loi. Cette idée de promotion n'est pas néanmoins absente de la loi ; on la trouve à plusieurs endroits. Ainsi, en vertu de l'article L. 132-1-2 du Code du sport (introduit par la loi du 24 août 2021) : « Le contrat d'engagement républicain comporte l'engagement pour les ligues professionnelles de participer à la promotion et à la diffusion, auprès des acteurs et des publics de leur discipline sportive, des principes du contrat d'engagement républicain. » En outre, la loi impose aux associations sportives et aux fédérations sportives agréées l'engagement de veiller à la protection de l'intégrité physique et morale des personnes (cet engagement venant en complément des autres obligations du « contrat »). En dehors des groupements sportifs, auxquels la loi réserve un sort bien particulier, l'article 14 de la loi du 24 août 2021 envisage la création d'un « fonds de soutien aux associations et aux collectivités territoriales promouvant les principes contenus dans le contrat d'engagement républicain, baptisé "Promesse républicaine", sur le modèle du fonds de développement de la vie associative¹⁰ ». Sans être une obligation, la promotion des principes républicains est encouragée et sera sans doute récompensée. Enfin, si les associations n'ont pas une obligation de promouvoir les principes du contrat, elles doivent, en revanche, en informer leurs membres par tout moyen¹¹.

Un certain nombre de parlementaires, au cours de la discussion du projet de loi, se sont interrogés sur l'apport du contrat d'engagement républicain, soulignant que les associations sont déjà soumises aux règles de la République. « Il est pourtant évident que les règles de la République s'imposent

10. Il est prévu que le Gouvernement remette au Parlement, dans les six mois qui suivent la promulgation de la loi, un rapport analysant cette possibilité de création.

11. Le décret n° 2021-1947 du 31 décembre 2021 pris pour l'application de l'article 10-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 va au-delà de cette disposition en prévoyant que : « L'association ou la fondation veille à ce que le contrat [...] soit respecté par ses dirigeants, par ses salariés, par ses membres et par ses bénévoles. Sont imputables à l'association ou la fondation les manquements commis par ses dirigeants, ses salariés, ses membres ou ses bénévoles, agissant en cette qualité, ainsi que tout autre manquement commis par eux et directement lié aux activités de l'association ou de la fondation, dès lors que ses organes dirigeants, bien qu'informés de ces agissements, se sont abstenus de prendre les mesures nécessaires pour les faire cesser, compte tenu des moyens dont ils disposaient. » Dans son avis du 3 décembre 2020 sur le projet de décret, le Haut conseil à la vie associative avait pourtant demandé à ce que le décret d'application « demeure strictement dans les limites de la loi », laquelle, faisait-il remarquer, ne vise que les membres des associations.

à tous les Français et à toutes celles et à tous ceux qui vivent en France. Point ! Les règles de la République s'imposent donc à toutes les associations en vertu de la Constitution de la République française. Point ! Nous n'avons pas besoin de contrats. Si ces règles sont méconnues, il existe déjà de nombreuses dispositions dans les différents codes pour y répondre. Alors, à quoi sert ce texte ?¹² », demandait le sénateur Jean-Pierre Sueur. Dans son avis sur le projet de loi confortant les principes de la République, le Conseil d'État rappelle lui-même que « suivant une jurisprudence constante, les collectivités publiques ne peuvent légalement subventionner que des actes présentant un intérêt public ». Or, « cette condition n'est pas remplie si l'action de l'association est incompatible avec des principes fondamentaux de l'ordre juridique ou même des valeurs essentielles de la société, tels que ceux que le contrat d'engagement républicain a pour objet de rappeler ». Enfin, le rapport de la commission des lois du Sénat indique que le retrait d'une subvention, en cas de non-respect des principes républicains, est possible dans certaines hypothèses. Il faut pour cela que ces principes découlent expressément des conditions d'octroi de la subvention et soient prévus par la convention entre l'autorité administrative et l'association bénéficiaire ou par l'acte unilatéral d'attribution.

Notons qu'il existe une charte des engagements réciproques entre l'État, le mouvement associatif et les collectivités territoriales, laquelle contient un certain nombre de « principes et valeurs » que les associations doivent s'engager à respecter lorsqu'elles sollicitent une subvention. Aussi, toute demande de subvention se fait par l'intermédiaire d'un formulaire Cerfa dans lequel le responsable de l'association déclare que « l'association respecte les principes et valeurs de la Charte des engagements réciproques conclue le 14 février 2014 ». Or, comme le note le Haut conseil à la vie associative dans son avis sur le projet de loi confortant les principes de la République, le préambule de la Charte mentionne la liberté, l'égalité et la fraternité¹³. Le « guide d'usage de la subvention », édité par le ministère chargé de la vie associative dans le prolongement de la charte du 14 février 2014, souligne que « si l'association ne respecte pas ses obligations contractuelles, la collectivité peut suspendre à tout moment le versement des fonds. La collectivité pourra éventuellement mettre fin de manière anticipée et unilatéralement à la convention. Les fonds d'ores et déjà versés à l'association pourront, en

12. Sénat, compte rendu intégral de la séance du 31 mars 2021.

13. HAUT CONSEIL À LA VIE ASSOCIATIVE, 2 déc. 2020, *Avis concernant le projet de loi confortant les principes républicains*.

tout ou partie, être restitués à la personne publique ». Cette précision laisse penser que ces sanctions s'appliqueraient en cas de non-respect des principes énoncés dans la charte. Néanmoins, le Gouvernement, relayé par les rapporteurs du projet de loi dans les deux assemblées, a fait valoir l'absence de portée juridique de la charte (« sa portée juridique incertaine » est-il précisé dans l'étude d'impact¹⁴). Le nouveau dispositif permettrait d'apporter une base juridique solide au refus de subvention. En réalité, il permet surtout « d'imposer le refus ou la restitution d'une subvention » en cas de manquement aux principes républicains, comme cela apparaît bien dans le rapport de la commission des lois du Sénat (c'est « l'objet du projet de loi », indique même le rapport). On y reviendra ensuite.

Cette charte des engagements réciproques n'est pas la seule à se référer à des valeurs et des principes qui doivent être respectés par les associations. Depuis quelques années, de nombreuses chartes locales imposent aux associations subventionnées qu'elles s'engagent à respecter et à promouvoir les « valeurs de la République » et en particulier la laïcité, comme le prévoient certaines d'entre elles. Ces chartes conditionnent l'octroi de la subvention à cet engagement, prévoyant le retrait et la restitution des fonds publics en cas de manquement de la part de l'association. Certaines, peu nombreuses, ont fait l'objet d'un recours devant le juge administratif. C'est le cas de la charte régionale des valeurs de la République et de la laïcité du conseil régional d'Île-de-France, dont les obligations imposées « aux organismes soutenus par la région » n'ont pas été considérées illégales par elles-mêmes¹⁵. En particulier, le juge n'y a pas vu une atteinte à la liberté d'association.

Au regard de cette jurisprudence, il fallait s'attendre à ce que le Conseil constitutionnel écarte le grief invoqué par les requérants d'une atteinte à ce principe fondamental reconnu par les lois de la République dont les contours ont été dessinés dans la célèbre décision du 16 juillet 1971. En vertu de ce principe, « les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ». Le législateur ne peut donc soumettre l'exercice du droit d'association ou l'attribution de la personnalité morale à un contrôle *a priori*. Sur ce point, les

14. V. en ce sens également, J.-M. PONTIER, « La charte d'engagements réciproques entre l'État, le mouvement associatif et les collectivités territoriales », *JCP A* 2014, 2286.

15. TA Paris, 13 nov. 2018 : *D.* 2018, p. 2309, comm. G. CALVÈS. Le tribunal administratif a jugé que les requérants étaient « seulement fondés à demander l'annulation de la délibération attaquée en tant qu'elle approuve » l'engagement pour les organismes appartenant aux mouvements d'éducation populaire et de jeunesse et au mouvement sportif de « refuser [...] le port de tenues vestimentaires imposé ».

dispositions du chapitre 2 du titre 1^{er} de la loi – sur le contrat d’engagement républicain – ne posent pas de problème, ne faisant pas obstacle à la création des associations. C’est d’ailleurs la raison pour laquelle la proposition d’étendre le dispositif à toutes les associations déclarées a été repoussée lors des travaux devant la commission des lois de l’Assemblée nationale. Il ressort également de la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁶ que des dispositions qui auraient pour objet ou pour effet d’encadrer les conditions dans lesquelles les associations exercent leur activité (et pas seulement les conditions dans lesquelles elles se constituent) pourraient porter atteinte au principe de liberté d’association. Ceci l’amène, dans sa décision du 13 août 2021, à porter une attention particulière à la restitution des subventions publiques. Ainsi, tandis que « l’obligation faite à une association de souscrire un contrat d’engagement républicain lorsqu’elle sollicite une subvention publique n’a pas pour objet d’encadrer les conditions dans lesquelles elle se constitue et exerce son activité », « l’obligation de restituer des subventions publiques déjà versées est susceptible d’affecter les conditions dans lesquelles une association exerce son activité¹⁷ ». Le Gouvernement, dans l’étude d’impact, l’admet lui-même implicitement : « Les dispositions des présents articles ne portent pas une atteinte directe à la liberté d’association », ce qui suggère que l’atteinte à la liberté pourrait être indirecte.

La décision du Conseil constitutionnel appelle un certain nombre de remarques. L’obligation pour une association de souscrire un contrat d’engagement républicain n’a pas pour objet d’encadrer les conditions dans lesquelles elle se constitue et exerce son activité. Cette solution peut être rapprochée de la jurisprudence administrative qui reconnaît à l’Administration un pouvoir discrétionnaire dans l’attribution des subventions. Les associations ne disposent d’aucun droit à percevoir des subventions. Il en résulte que « l’attribution d’une subvention ne constitue pas un droit pour les personnes remplissant les conditions légales pour l’obtenir¹⁸ ». En conséquence, la décision d’accorder une subvention appartient à la seule autorité publique qui n’a pas à la motiver, ce qui justifie que le juge administratif s’en tienne à un contrôle restreint en cas de refus. La décision du Conseil fait sans doute écho à cette jurisprudence. Elle interroge néanmoins lorsque l’on sait que les subventions comprennent « les contributions facultatives de toute nature » (art. 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000), c’est-à-dire

16. Not. Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-535 QPC, *Ligue des droits de l’homme*.

17. Cons. const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, *Loi confortant le respect des principes de la République*.

18. CE, 25 sept. 1995, n° 155970, *Association Civic*.

non seulement les aides sous une forme monétaire mais aussi les aides en nature. Peuvent donc être concernés le prêt de salle (ce qui peut empêcher les membres de l'association de se réunir) ou l'accès à la voie publique pour l'organisation d'un événement (et dont le refus peut restreindre les activités de l'association également).

Le retrait et la restitution des sommes versées sont susceptibles d'affecter davantage la vie associative. L'association peut être mise en difficulté si elle comptait sur ces recettes pour faire face à ses dépenses. La décision de la personne publique peut avoir pour conséquence de rompre l'équilibre budgétaire de l'association et de fragiliser ses activités. On notera néanmoins que le Conseil constitutionnel estime seulement que « ce retrait ne saurait, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'association, conduire à la restitution de sommes versées au titre d'une période antérieure au manquement au contrat d'engagement¹⁹ ». Pour le reste, il a sans doute jugé que le retrait était entouré de garanties suffisantes, le législateur ayant prévu une procédure contradictoire préalable, un avis motivé de la part de l'autorité et un délai de six mois pour la restitution des fonds.

On remarquera par ailleurs que le Conseil constitutionnel ne reprend pas la distinction entre le refus d'octroyer un avantage et son retrait pour les associations qui sollicitent un agrément, se contentant pour ces dernières d'écartier très brièvement l'atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi pour les mêmes raisons, précise-t-il, que ce qui a été jugé pour les associations subventionnées et jugeant que cette nouvelle obligation ne méconnaît aucune autre disposition constitutionnelle (dont la liberté d'association). Il reste que l'agrément, outre qu'il permet à certaines associations de recevoir un financement public (les associations sportives, par exemple), permet à d'autres d'exercer certaines activités (le service à la personne comme le soutien scolaire à domicile et l'assistance aux personnes âgées), de se porter partie civile en réparation des dommages causés à certains intérêts collectifs (défense des consommateurs, lutte contre le racisme ou contre la corruption...) et d'exercer des actions de groupe devant la justice (pour la protection de l'environnement, par exemple). Le refus de délivrer l'agrément sollicité peut donc avoir pour conséquence d'empêcher l'association d'exercer une activité pour laquelle elle s'est constituée (lorsque cette activité dépend de la délivrance de l'agrément) et pas seulement de refuser une subvention à une association, ce que l'étude d'impact élude en associant les deux dispositifs (celui de la subvention et celui de l'agrément) dans un

19. *Ibid.*

jeu de « miroir » (alors que l'agrément n'entraîne pas nécessairement l'octroi d'une subvention). Les inquiétudes des associations exprimées dès la publication du projet de loi sont d'autant plus justifiées qu'il reste, par ailleurs, un certain nombre d'incertitudes sur le contenu du contrat d'engagement républicain comme nous le verrons ensuite.

1.2. DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES ?

Le terme « contrat » suggère l'existence d'obligations réciproques entre les deux parties (collectivités publiques/associations). Ainsi lit-on dans le rapport de la commission des lois du Sénat que : « L'association qui sollicite une subvention s'engage à respecter les principes républicains, et l'autorité, si elle accorde la subvention, s'engage à la verser. À défaut de respect de son obligation par l'association, l'autorité accordant la subvention doit la refuser ou la retirer²⁰. » Cette réciprocité est contestable : les collectivités publiques ne seront jamais obligées d'accorder des subventions, même si les associations s'engagent à respecter les principes de la République. Et surtout, le dispositif leur est imposé unilatéralement et sans concertation. Ainsi, le Conseil d'État, dans son avis²¹, n'a pas hésité à souligner qu'il « n'a pas la nature d'un vrai contrat » ; il recommandait, pour cette raison, de lui substituer l'expression d'« engagement républicain ». On ajoutera que cette qualification est bien mal venue lorsque l'on sait que la référence au contrat dans l'intitulé de la loi de 1901 traduisait une philosophie libérale excluant l'intervention des autorités publiques dans la constitution des associations²².

Enfin, le « contrat d'engagement républicain » est très éloigné des tentatives engagées dans les années 2000 pour instaurer un partenariat entre les associations et les collectivités publiques. Cette collaboration a trouvé l'une de ses expressions dans la charte d'engagements réciproques entre l'État, le mouvement associatif et les collectivités territoriales, signée le 14 février 2014. Il s'agissait alors de développer « une politique publique d'attribution des subventions dont les critères de sélection, les modalités d'attribution et de mise en œuvre soient transparents et concertés avec les acteurs concernés²³ ». Dans le prolongement de cette charte, une circulaire du Premier ministre

20. Rapp. Sénat, n° 454, 8 mars 2021, p. 77.

21. CE, avis, 3 déc. 2020, précit.

22. V. sur cet esprit libéral dans lequel la loi est élaborée, CONSEIL D'ÉTAT, *Les associations et la loi de 1901, cent ans après*, op. cit.

23. J.-M. PONTIER, « La charte d'engagements réciproques... », art. cit.

du 29 septembre 2015 demandait aux services déconcentrés de promouvoir auprès des collectivités territoriales la concertation avec les acteurs associatifs. Il n'est pas certain, à l'inverse, que le procédé de la concertation ait été privilégié par le gouvernement, en dépit de ce qu'en disent les ministres dans la discussion parlementaire, ces derniers mettant d'ailleurs plus en avant la consultation des acteurs associatifs qu'une véritable concertation. Les protestations venues des rangs du secteur associatif laissent penser que son opinion n'a pas été prise en compte par les pouvoirs publics. Dans son avis sur le projet de loi, la Commission nationale des droits de l'homme recommandait d'ailleurs au Gouvernement d'abandonner ce dispositif « qui instaure unilatéralement une obligation nouvelle et rompt avec le climat de confiance nécessaire au développement du partenariat prévu par la charte des engagements réciproques signés en 2014 par le mouvement associatif²⁴ ».

En fin de compte, le contrat d'engagement républicain introduit une véritable rupture avec l'esprit de partenariat que les signataires de la charte recherchaient entre eux. Ceci est manifeste quand on examine les obligations mises à la charge des collectivités territoriales.

2. LES OBLIGATIONS MISES À LA CHARGE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Les collectivités territoriales se voient imposer de nouvelles obligations : le refus ou le retrait des subventions à des associations qui ne se plient pas au contrat d'engagement républicain. Le nouveau dispositif ne s'impose donc non pas seulement aux associations mais aussi aux collectivités territoriales (2.1), lesquelles risquent de se trouver face à des incertitudes résultant du contenu du contrat d'engagement républicain (2.2).

2.1. UNE REPRISE EN MAIN, PAR L'ÉTAT, SOUS LE CONTRÔLE DES SERVICES DÉCONCENTRÉS, DES RELATIONS ENTRE LES ASSOCIATIONS ET LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Outre l'absence de portée juridique de la charte du 14 février 2014, le gouvernement s'appuie sur les attentes des collectivités territoriales. « Il s'agit de répondre à une demande des élus locaux », plaide la ministre déléguée au

24. CNCDH, 28 janv. 2021, *Avis sur le projet de loi confortant les principes de la République*.

ministre de l'Intérieur en mentionnant la présidente de la région Île-de-France (« dont la charte de la laïcité a été contestée en justice ») ainsi que le maire de Montpellier (« qui a été menacé d'une action en justice pour avoir tenté d'élaborer une telle charte²⁵ »). Aussi, « Pour soutenir les élus locaux qui combattent avec courage le séparatisme et font la promotion des principes de la République, il faut qu'un tel document entre dans la loi, devienne inattaquable dans sa mise en œuvre et fasse consensus²⁶ ».

En réalité, il ne s'agit pas seulement de permettre à des collectivités territoriales de faire la promotion des principes républicains. On l'a vu, le tribunal administratif n'a annulé que partiellement la charte d'Île-de-France. Il s'agit surtout d'obliger la collectivité qui a attribué la subvention à procéder à son retrait en cas de méconnaissance de l'engagement républicain alors que, jusqu'ici, le retrait des subventions constituait « une simple faculté », comme le précise l'étude d'impact. C'est sur ce point que le dispositif innove le plus. Le Conseil d'État ne s'y trompe pas en évoquant une « obligation nouvelle », « modifiant le droit en vigueur ». On ajoutera que c'est aussi l'esprit général dans lequel se développaient les relations entre le mouvement associatif, les collectivités territoriales et l'État qui se trouve affecté.

Le fait que la part des collectivités territoriales dans le financement des associations ne cesse de croître par rapport à celle de l'État²⁷ n'est sans doute pas étranger aux préoccupations qui s'expriment dans les dispositions sur le contrat d'engagement républicain et dans lesquelles certains ont pu voir une certaine forme de « recentralisation²⁸ ». Ainsi, l'étude d'impact note, pour le déplorer, que « De la même façon que le montant total des subventions versées par les collectivités territoriales n'est pas connu, il n'existe aucune donnée centralisée permettant de déterminer les sommes pouvant être attribuées à des associations ne respectant pas [...] les chartes locales adoptées par les collectivités territoriales en l'absence de sanction en cas de non-respect de celles-ci ». Lorsqu'on ajoute à cela qu'il s'agit de combattre le fléau communautariste qui « gangrène lentement les fondements de notre société dans certains territoires²⁹ », on comprend que l'objectif principal est d'encadrer le choix des collectivités territoriales quant à leurs partenaires. On

25. Les mêmes exemples reviennent d'ailleurs à plusieurs reprises dans les réponses de la ministre.

26. Ass. nat., compte rendu intégral de la séance du 20 janvier 2021.

27. Selon J.-M. Pontier, ceci s'expliquerait par le retrait de l'État (« Une première définition légale des subventions publiques », art. cit.).

28. L'expression est employée au cours de la discussion à l'Assemblée nationale.

29. Selon la formule de l'exposé des motifs du projet de loi.

ne peut s'empêcher de faire le parallèle avec une autre disposition de la loi du 24 août 2021 qui permet au juge de suspendre, sur déféré préfectoral, un acte pris par une collectivité qui est de nature à « porter gravement atteinte aux principes de laïcité et de neutralité des services publics » (la mise en place d'horaires différenciés dans les équipements municipaux est évoquée dans la discussion parlementaire).

On notera que les organismes (l'État ou ses établissements publics) qui délivrent les agréments ne sont pas soumis aux mêmes obligations. L'article 19 du décret du 6 mai 2017 dispose en effet que : « Dans les conditions fixées par l'article L. 242-2 du code des relations entre le public et l'administration (abrogation d'une décision créatrice de droit dont le maintien est subordonné à une condition qui n'est plus remplie), l'État ou l'un de ses établissements publics qui a délivré l'agrément peut procéder à son abrogation selon la procédure propre à chaque agrément ou, à défaut, dans les conditions prévues aux articles L. 121-1, L. 121-2 et L. 122-1 du même code. » Autrement dit, l'autorité administrative qui a délivré l'agrément peut l'annuler lorsqu'une condition nécessaire à son attribution n'est plus remplie, mais ce n'est pas une obligation.

À peine le projet de loi fut-il connu, qu'un certain nombre d'élus locaux protestèrent contre ce qui leur apparaissait comme un signe de défiance de la part du Gouvernement et surtout une atteinte à la libre administration des collectivités territoriales. Le Conseil d'État a écarté l'objection, comme le Conseil constitutionnel après lui. On est tenté, à cet égard, de faire un parallèle avec la jurisprudence sur l'interdiction pour les collectivités territoriales d'attribuer des subventions aux cultes. Cette jurisprudence nous apprend en effet que le Conseil d'État a été plus favorable à la libre administration des collectivités territoriales lorsqu'il s'est agi de juger si le financement public d'équipements « mixtes » (mêlant des aspects cultuel et culturel) était légal. Dans ses conclusions sur une série d'affaires jugées en 2011³⁰, le rapporteur public en avait fait l'un des arguments principaux pour inviter à une interprétation libérale de l'article 2 de la loi de 1905 (interdisant de subventionner les cultes), seule conforme au principe de libre administration en vertu duquel la commune doit non seulement pouvoir soutenir financièrement un projet d'intérêt local, mais encore pouvoir déterminer ce qui relève d'un intérêt local et susceptible d'être subventionné, expliquait-il. La loi du 24 août 2021 n'est pas guidée par le même libéralisme à l'égard des collectivités locales.

30. CE, 19 juill. 2011, n° 308544, *Commune de Trélazé*; n° 308817, *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône*.

Ces obligations mises à la charge des collectivités territoriales vont s'accompagner de contrôles. La ministre déléguée au ministère de l'Intérieur évoque l'action des préfetures, dans le cadre des cellules départementales de lutte contre l'islamisme et le repli communautaire, avec l'aide des procureurs de la République. Il reste néanmoins un certain nombre d'incertitudes qui ne faciliteront la tâche ni des collectivités territoriales qui devront faire le tri parmi les associations sollicitant leur aide, ni des services déconcentrés qui surveilleront la bonne application du « contrat » par « les parties ».

2.2. LES INCERTITUDES RÉSULTANT DU CONTENU DU CONTRAT D'ENGAGEMENT RÉPUBLICAIN

La version initiale du projet de loi mentionnait les « valeurs de la République », expression dont le contenu et la portée ont été jugés incertains par le Conseil d'État. La référence aux « principes » est-elle plus claire pour autant ? Outre que ces principes ne font pas l'objet d'une définition unanime (on songe surtout à la dignité de la personne humaine), tous n'impliquent pas les mêmes obligations. Il s'agit tantôt de « respecter », tantôt de « ne pas remettre en cause » ou encore de « s'abstenir de toute action ». Les députés, auteurs de la deuxième saisine, ont critiqué le caractère imprécis de ces obligations ainsi que le renvoi à un décret en Conseil d'État pour ce qui est de la détermination des modalités d'application de ces dispositions. Cette imprécision, soulignaient-ils, est de nature à conférer aux autorités compétentes un pouvoir d'appréciation arbitraire pour attribuer des subventions publiques ou en exiger le remboursement en cas de non-respect du contrat d'engagement. Outre une atteinte à la liberté d'association, ils reprochaient donc au législateur d'avoir méconnu l'étendue de sa compétence et l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Le Conseil constitutionnel en a jugé autrement, considérant que « le législateur a défini précisément les obligations prévues par le contrat d'engagement républicain ». Quoiqu'en dise le Conseil constitutionnel, le contenu de l'engagement ne manquera pas de soulever de nombreuses interrogations qui nourriront sans doute un contentieux important. C'est ce que laisse penser la lecture des débats parlementaires. Le décret n° 2021-1947 du 31 décembre 2021 pris pour l'application de l'article 10-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 ne vient pas dissiper ces interrogations.

Alors que le projet initial mentionnait la sauvegarde de l'ordre public dans l'engagement républicain, une discussion s'était engagée, à l'Assemblée nationale, pour savoir s'il incombait aux associations de sauvegarder l'ordre

public, aux côtés de l'État et des collectivités territoriales. La notion de « respect » de l'ordre public avait d'abord remplacé, en commission spéciale, celle de « sauvegarde », avant que la commission spéciale du Sénat lui substitue l'engagement de « s'abstenir de toute action de nature à constituer une menace pour l'ordre public » puis « toute action portant atteinte à l'ordre public ». Au cours des discussions parlementaires, il avait été évoqué les inquiétudes de certaines associations (celles venant en défense des migrants ou des mal-logés) dont les modes d'action peuvent troubler l'ordre public. L'évolution sémantique traduit leurs interrogations sans leur apporter une réponse claire. Selon le Conseil constitutionnel, il ressort des travaux préparatoires que « cette [...] obligation vise les actions susceptibles d'entraîner des troubles graves à la tranquillité et à la sécurité publique ». Reste à savoir comment la gravité sera appréciée.

Le principe d'égalité suscitera probablement d'autres interrogations comme le laissent penser les échanges, à l'Assemblée nationale, à propos de l'égalité entre les hommes et les femmes. Un maire devrait-il refuser le prêt d'une salle municipale pour l'exercice d'un culte à l'occasion de grandes fêtes religieuses lorsque les femmes et les hommes sont séparés dans la salle, demande un député. Le rapporteur lui répond : « Un certain nombre de pratiques dans l'ordre des cultes ne sont en effet pas conformes à l'esprit de l'égalité entre les hommes et les femmes. Ainsi certains d'entre eux réservent-ils leur ministère à des hommes. À l'évidence, nous n'allons pas le leur interdire ; en revanche, nous veillerons à ce que des propos incitant à la discrimination entre les hommes et les femmes le soient³¹. » Et la ministre déléguée auprès du ministre de l'Intérieur confirme que l'absence de mixité dans l'association ne constitue pas un motif au refus ou retrait de la subvention (à propos d'associations féministes organisant des évènements non mixtes).

Mais c'est sans doute à propos du principe de laïcité que les discussions ont été les plus nombreuses. Le projet de loi initial ne contenait aucune référence à la laïcité. L'exposé des motifs précisait que le nouveau dispositif « ne saurait étendre l'application du principe de laïcité au-delà de l'administration et des services publics », le contrat d'engagement républicain n'ayant « ni pour objet ni pour effet d'empêcher les associations d'inspiration confessionnelle d'obtenir et d'utiliser des subventions pour leurs activités d'intérêt général ». Un amendement avait néanmoins été présenté en première lecture, devant l'Assemblée nationale, en vue d'ajouter le terme « laïcité » aux principes républicains du contrat. Les rapporteurs du projet de loi et le Gouvernement lui

31. Ass. nat., compte rendu intégral de la séance du 5 février 2021.

opposèrent un avis défavorable, tous expliquant que seul l'État est laïque et non la société. « Si le législateur décidait de laïciser la société, ce serait une autre laïcité, un autre compromis historique », soulignait le rapporteur général, Florent Boudié³², ce que le ministre de l'Intérieur confirmait dans des termes très proches : « Le texte n'a pas pour but d'étendre infiniment à tous les pans de la société le principe de la laïcité. » Les uns et les autres faisaient remarquer également que l'introduction de la laïcité dans le contrat aurait pour conséquence de refuser toute subvention à des associations telles que Caritas, les scouts, la Cimade ou le Secours catholique qui se rattachent à des organismes confessionnels, se réfèrent à des principes religieux dans leurs statuts et imposent parfois à leurs adhérents l'appartenance à une confession déterminée. C'est le Sénat qui a, en première lecture, ajouté la référence au principe de laïcité, en lui accordant néanmoins une autre place que les autres principes. Il s'agit, en effet, non de « respecter » mais de « ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République ». La commission des lois, qui a proposé cet ajout, s'en explique : « Il s'agit de refuser que les collectivités publiques financent des organismes qui contestent l'identité constitutionnelle de la France. Si le principe de laïcité ne s'impose pas à une association dépourvue de mission de service public, il trouve en revanche à s'appliquer aux relations entre l'organisme subventionné et les collectivités publiques. En ce sens, il vise à faire obstacle à ce que l'association se prévale de convictions religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant ses relations avec les collectivités publiques. » La référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel³³ est explicite mais on ne voit pas comment, concrètement, elle trouve à s'appliquer dans le cadre du contrat d'engagement républicain. Des précisions sont apportées au cours de la discussion sur les articles, dans une réponse du rapporteur du projet de loi à un député qui l'interroge sur le sens de cette disposition : « La laïcité s'impose à l'État et lui impose notamment la neutralité. En revanche, elle ne s'impose pas à nous, qui pouvons avoir nos propres opinions en tant que personnes. Pour autant, effectivement, la République est laïque. C'est pourquoi nous proposons [...] d'imposer aux associations de ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République, sans leur imposer évidemment d'être laïques elles-mêmes. » Ainsi, les associations « d'inspiration confessionnelle » pourront encore recevoir des subventions pour des projets d'intérêt général (« pour la partie non culturelle de leurs activités », est-il précisé, conformément à l'article 2 de

32. *Ibid.*

33. Cons. const., 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.

la loi de 1905). On le voit, les travaux préparatoires écartent l'extension du champ d'application du principe de laïcité aux relations privées. Une partie – minoritaire – des parlementaires aurait vu d'un bon œil l'application de la laïcité aux associations, mais la majorité n'a pas retenu cette conception³⁴, rappelant son attachement à l'article 1^{er} de la Constitution en vertu duquel la laïcité est un principe d'organisation de l'État. Le texte impose, par ailleurs, une obligation négative aux associations, celle de « ne pas remettre en cause ». Il ne s'agit pas de leur imposer « la promotion de la laïcité », comme le prévoient certaines chartes locales de la laïcité. Quelle sera la ligne à ne pas franchir ? On imagine qu'une association dont les statuts militeraient en faveur du rétablissement d'une religion officielle en France ne serait pas subventionnée, mais il faudra là aussi attendre les premiers recours en justice pour en savoir plus.

Dans l'ensemble, bien que les rapporteurs du projet de loi aient souligné à plusieurs reprises que le projet de décret n'a vocation « ni à ajouter des principes supplémentaires ni à les interpréter, mais à les rendre applicables à la vie associative³⁵ », on ne voit pas comment cette application sera possible sans les interpréter. Or, les débats parlementaires font ressortir une myriade d'interprétations possibles.

Très loin d'une logique partenariale, le contrat d'engagement républicain marque un coup d'arrêt à un mouvement engagé dans les années 2000. La charte du 14 février 2014 entendait « renforcer des relations tripartites, basées sur la confiance réciproque, le respect de l'indépendance des associations et la libre administration des collectivités territoriales ». Il est peu probable que la loi du 24 août 2021 contribue à renforcer ces principes.

34. Conception que V. VALENTIN et S. HENNETTE-VAUCHEZ ont qualifiée de « nouvelle laïcité » (*L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Paris, LGDJ, 2014).

35. Rapp. Sénat, n° 454, 8 mars 2021, p. 78.

Une garantie paradoxale du libre exercice du culte : la loi du 24 août 2021 et les associations à objet culturel

Gérard GONZALEZ* et Philippe GONI**

* Université de Montpellier, Institut de droit européen des droits de l'homme (IDEDH) et Université de Strasbourg / CNRS, Droit, Religion, Entreprise et Société (DRES);

** Avocat au Barreau de Paris

RÉSUMÉ

Les associations à objet culturel (associations culturelles de la loi de 1905 et associations de la loi de 1901 qui peuvent avoir un objet mixte) voient leur régime fondamentalement modifié par la loi du 24 août 2021. L'étroit contrôle, notamment statutaire et financier, auquel elles sont désormais soumises interroge les libertés fondamentales d'association et de religion ainsi que le principe de non-discrimination. Si la sécurité juridique et la transparence y gagnent par certains côtés, les principes de pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture qui caractérisent une société vraiment démocratique semblent en péril.

ABSTRACT

Associations whose purpose is worship (religious associations under the 1905 Act and associations under the 1901 Act which may have a mixed purpose) have seen their regime fundamentally modified by the law of 24 August 2021. The close control on their status and finances, to which they are now subject, raises questions about the fundamental freedoms of association and religion, as well as the principle of non-discrimination. Although the new provisions somehow benefit legal certainty and transparency, the principles of pluralism, tolerance and openness that characterize a truly democratic society seem to be at risk.

Selon le Conseil d'Etat, le « projet de loi confortant les principes r publi-
cains », sur lequel il a été consulté, « comporte [...] des mesures réformant
substantiellement le régime de l'exercice public du culte et la police des
cultes organisés par la loi du 9 décembre 1905¹ ». Malgré cela, ou peut-être
  cause de cela, aucune des dispositions relatives à ces modifications « subs-
tantielles » n'a été déférée au Conseil constitutionnel et lui-même ne s'en est
pas saisi d'office. Ceci peut paraître surprenant s'agissant d'un texte qui
« alourdit les contraintes pesant sur les associations culturelles et modifie
l'équilibre opéré en 1905 par le législateur entre le principe de la liberté
de constitution de ces associations et leur nécessaire encadrement du fait
qu'elles bénéficient d'avantages publics² ». D'autant plus au regard de la
complexité du texte réformant une loi qui « de la III^e   la V^e République
demeure une loi fondatrice³ » et qui est elle-même pour beaucoup insaisis-
sable⁴. Qu'en est-il de ces dispositions ? Le titre II de la loi du 24 août 2021
s'intitule « Garantir le libre exercice du culte ». Il comprend deux chapitres
s'intitulant respectivement « Renforcer la transparence des conditions de
l'exercice du culte » et « Renforcer la préservation de l'ordre public » qui,
des articles 68 à 79 bouleversent, comme l'a souligné le Conseil d'Etat dans
son avis, l'équilibre entre la liberté de culte et son encadrement. Autant
le titre I de la loi, placé aussi sous le sceau de la garantie (« Garantir le
respect des principes de la République et des exigences minimales de la vie
en société »), annonce clairement un ensemble de devoirs et d'obligations
assortis de sanctions, autant le titre II donne à penser que l'équilibre du
texte va être rétabli. L'ordre et la sécurité pour le premier titre, la liberté
pour le second. Il n'en est rien. Sous le faux-semblant de la garantie d'une
liberté se cache un renforcement des contraintes pesant sur elle. Cette loi
fourre-tout répond bien finalement, et dans son intégralité, au contenu
combatif des différentes déclarations présidentielles et ministérielles qui
l'annonçaient :  tendre le domaine de la lutte contre les séparatismes (mot
absent du texte, mais présent partout ailleurs), particulièrement sinon

1. CE, avis, 3 déc. 2020, n  401549, projet de loi confortant le respect, par tous, des prin-
cipes de la République, p. 3.

2. *Ibid.*, pt 71.

3. E. POULAT, « Faut-il changer la loi de 1905 », *Esprit*, juin 2005, p. 93.

4. *Ibid.* Émile Poulat s'interroge à juste titre : « Mais cette loi fameuse dont tout le monde
parle, qui l'a lue ? Qui la possède ? Et ceux qui l'ont lue ou même la possèdent, à quel
texte se r f rent-ils ? C'est aujourd'hui une loi mythique et symbolique, qui alimente les
débats, mais dont le texte authentique et correct, difficile à trouver, est encore plus diffi-
cile à lire. » Cela ne s'arrange pas avec ces nouvelles dispositions et l'utilisation survoltée
de la technique du renvoi. La même observation pourrait être faite à propos de la loi du
2 janvier 1907 considérablement modifiée par celle du 24 août 2021.

exclusivement l'islamisme, et la radicalisation. Dans son ensemble le texte vient donc « renforcer » cet arsenal répressif et orwellien censément propre à nous rassurer. On voudrait ainsi nous persuader que la peur, ce moteur principal désormais de notre société décidément bien hobbesienne, a changé de côté. D'où un texte qui met « l'accent sur le contrôle et la répression⁵ », impression dominante dans les contributions des auteurs de ce dossier⁶. C'était attendu, peut-être inévitable. Au moins, le volet libre exercice du culte échappe-t-il partiellement à cette logique liberticide comme le laisse présager son titre ? Il a été souligné que « les substantielles modifications apportées (à la loi de 1905) laissent l'impression d'une "utilisation" de cette loi comme outil de lutte contre la radicalisation islamique, allant à l'encontre de sa philosophie libérale⁷ » et que, concernant la loi de 1907, « la loi de 2021 substitue une nouvelle fois la logique contraignante à la logique libérale initiale⁸ ». Sans doute ces dispositions, éclairées par les décrets d'application, constituent-elles un vivier contentieux important qui permettra notamment aux juges de les confronter aux engagements internationaux de la France, notamment la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne. S'agissant du Conseil d'État, s'il s'est prononcé dans son avis sur le caractère selon lui proportionné des diverses dispositions concernant le nouveau régime des associations culturelles et des associations de la loi de 1901 à objet mixte, il lui reviendra de veiller à ce que ce fragile équilibre ne soit pas altéré par les décrets d'application et, peut-être, d'exercer un contrôle plus approfondi de la proportionnalité de ces dispositions notamment au regard de l'article 11 de la Convention européenne garantissant la liberté d'association, seul ou combiné avec l'article 14 interdisant les discriminations. On pourrait soutenir que nombre de ces nouvelles dispositions sont nécessaires en vertu des principes d'une « démocratie apte à se défendre⁹ » et « pas de liberté pour les ennemis de la liberté » qui trouve une traduction dans l'article 17 de

5. H. PAULIAT, « Loi confortant le respect des principes de la République : un équilibre délicat entre liberté des cultes et police des cultes », *JCP A* 2021, 2306.

6. Et bien mis en exergue dans la contribution relative au volet pénal du texte : V. l'article de J. Alix dans ce volume, p. 131-151.

7. A. FORNEROD, « La loi confortant le respect des principes de la République, entre continuité et rupture », *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n° 2, 2021, p. 475.

8. *Ibid.*, p. 481.

9. Principe reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment dans sa jurisprudence relative aux articles 10 – liberté d'expression (CEDH, Gde ch., 26 sept. 1995, n° 17851/91, *Vogt c. Allemagne*, §§ 51 et 59), 11 – liberté d'association (CEDH, 8 oct. 2020, n° 77400/14, 34532/15, 34550/15, *Ayoub et a. c. France*) et 3 P 1 – droit à des élections libres (CEDH, Gde ch., 16 mars 2006, n° 58278/00, *Zdanoka c. Lettonie*, § 100).

la Convention européenne relatif à l'abus de droit¹⁰. La garantie des libertés passe par la sauvegarde de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle¹¹ et conventionnelle¹². L'équation est posée, validée et éprouvée, mais doit tendre vers un équilibre des variables. Désormais il semble que la balance, avec l'aval de l'opinion publique, penche du côté de l'ordre, de la sécurité rêvée ou fantasmée. L'objet principal de la loi est, selon l'étude d'impact¹³, de « lutter contre les dérives radicales » qui peuvent être observées dans « les associations qui assurent cet exercice [du culte] et les lieux de culte qu'elles gèrent », ces dérives étant essentiellement identifiées au sein du culte musulman, jamais ciblé en tant que tel dans le texte mais bien identifié dans les diverses prises de paroles, notamment présidentielles, comme porteur de menaces contre les « principes de la République ». Toutefois, pour éviter l'écueil de l'interdiction d'une discrimination directe ou indirecte¹⁴, et comme le Conseil d'état le constate dans son avis, le texte « conduit à imposer des contraintes importantes à une majorité d'associations culturelles ou à objet mixte de toutes confessions¹⁵ ». Certaines des dispositions novatrices

10. L'invocation des droits et libertés ne peut être instrumentalisée par ceux qui n'ont en vue que la destruction des libertés. La Cour européenne en fait un usage mesuré, mais y a recours notamment au regard de l'abus du droit à la liberté d'expression (CEDH, déc. 12 juin 2012, n  31098/08, *Hizb Ut-Tahrir et a. c. Allemagne*; déc. 20 juill. 2017, n  34367/14, *Belkacem c. Belgique*).

11. Depuis Cons. const., 27 juill. 1982, n  82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*. Le Conseil constitutionnel y fait d'ailleurs référence dans son contrôle du texte de la loi objet du présent dossier (13 août 2021, n  2021-823 DC, pts 36, 39, 51 – contrôle qui n'a pas porté sur les dispositions concernant les associations ayant pour objet l'exercice d'un culte dont le Conseil n'avait pas été saisi).

12. Les restrictions aux droits garantis par la Convention européenne doivent être nécessaires «   la défense de l'ordre » (art. 8 § 2 – vie privée et familiale; art. 10 § 2 – liberté d'expression; art. 11 § 2 – liberté d'association), «   la protection de l'ordre » (art. 9 § 2 – liberté de pensée, de conscience et de religion). Expressément mentionnée dans ces articles, la sauvegarde de l'ordre public est un fondement récurrent de toute restriction d'un droit ou d'une liberté fondamentale. Dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE, les restrictions aux droits et libertés « doivent répondre à des objectifs d'intérêt général reconnus par le droit de l'Union », ce qui vise les intérêts nationaux tels que reconnus par les traités, notamment l'ordre public (S. VAN DROOGENBROECK et C. RIZCALLAH, « Article 52-1 », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2  éd. 2020, p. 1272).

13.  tude d'impact, projet de loi confortant le respect des principes de la République, 8 déc. 2020.

14. Souci récurrent dans les textes ciblant certaines manifestations de la religion musulmane, comme la loi du 15 mars 2004 « encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics », en réalité le port du *hijab* ou voile islamique, ou encore la loi du 11 octobre 2010 « interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », en réalité le *niqab* ou la *burqa* ou voile intégral.

15. CE, avis, 3 déc. 2020, précit., pt 71.

concernant les associations ayant pour objet l'exercice d'un culte, fort bien présentées par ailleurs en doctrine¹⁶, relèvent d'une tutelle renforcée bienveillante relevant d'une entreprise de séduction (1). Mais plus nombreuses sont celles qui traduisent un contrôle rigoureux et invasif (2).

1. LES CULTES DANS L'ŒIL BIENVEILLANT DE *BIG BROTHER* : LA TENTATIVE DE SÉDUCTION

Cette bienveillance concerne surtout les associations culturelles de la loi de 1905 (1.1) que l'État veut rendre plus attractives notamment pour le culte musulman organisé majoritairement dans le cadre jusque-là moins contraignant, mais moins avantageux, de la loi de 1901 (1.2).

1.1. UN LIFTING POUR LES ASSOCIATIONS CULTUELLES

Au titre des aménagements statutaires, le principe fondamental de l'article 19 de la loi du 9 décembre 1905 (modifié par l'art. 68 de la loi du 24 août 2021) selon lequel « les associations culturelles ont exclusivement pour objet l'exercice d'un culte » demeure inchangé. Quant à leur composition, il est désormais requis un minimum de 7 personnes majeures domiciliées ou résidant dans la circonscription religieuse définie par les statuts de l'association, ce qui constitue un assouplissement par rapport aux exigences antérieures¹⁷. La nécessité, pour bénéficier du statut d'association culturelle, de ne pas exercer des activités qui « pourraient porter atteinte à l'ordre public » que le Conseil d'État avait déduit de l'article 1^{er} de la loi de 1905¹⁸ est désormais expressément prévue à l'article 19 selon lequel « les associations culturelles ne doivent, ni par leur objet statutaire, ni par leurs activités effectives, porter atteinte à l'ordre public ». La naissance de l'association culturelle, outre les formalités prévues par la loi de 1901¹⁹, est

16. A. FORNEROD, art. cit. ; H. PAULIAT, art. cit. ; P. DELVOLVÉ, « Les cultes », *RFDA* 2021, p. 856 ; M. PHILIP-GAY, « Le libre exercice du culte : une remise en cause de l'équilibre issu de la loi de 1905 ? », *AJDA* 2021, p. 2078.

17. Ce nombre de 7 n'était requis que dans les communes de moins de 1 000 habitants (de 1 000 à 20 000, il était de 15 ; plus de 20 000, de 25).

18. CE, ass., avis, 24 oct. 1997, n° 187122, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom : Lebon*, p. 372 ; *RFDA* 1998, p. 61, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; *Ibid.*, p. 69, note G. GONZALEZ.

19. La déclaration préalable permet à une association d'obtenir la capacité juridique. Pour ce faire, elle doit suivre les formalités de l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901 (art. 69 de la loi).

désormais conditionnée par une déclaration (heureusement préférée, sur avis du Conseil d'état, à l'agrément initialement prévu dans le projet de loi) au représentant de l' tat²⁰ qui pourra, dans le respect d'obligations proc du- rales, s'y opposer, interdisant ainsi au déclarant de bénéficier des nombreux avantages, notamment fiscaux, attachés à ce statut (nouvel art. 19-1 de la loi 1905 – art. 69 de la loi). Au-delà des exigences formelles, on comprend que le respect de l'ordre public jouera un rôle de premier plan dans l'exer- cice de ce contrôle. En l'absence d'opposition, le statut est acquis pour une période de cinq années renouvelable par une nouvelle déclaration, mais, entre-temps, le préfet peut retirer le bénéfice de ces avantages si l'association s'écarte des conditions requises²¹. Ce mécanisme remplace le rescrit admi- nistratif, instauré par la loi du 12 mai 2009 et supprimé par l'article 69 II de la loi, qui permettait sur une base volontaire aux associations estimant avoir endossé correctement l'habit de 1905 de saisir le préfet pour savoir si elles entraient bien dans la catégorie des associations de l'article 19 de cette loi. Quoique décriée, cette nouvelle procédure déclaratoire apporte aux associa- tions une plus grande sécurité juridique²² puisqu'elles sauront d'emblée si elles peuvent bénéficier des avantages du statut au lieu, en l'absence de la démarche du rescrit, d'attendre un déclenchement du contrôle préfectoral à l'occasion d'une libéralité, soit parfois après plusieurs années de fonction- nement sur une base statutaire jugée inad quate²³ ou avant d'obtenir une reconnaissance par la voie contentieuse²⁴, qui demeure bien entendu ouverte en cas d'opposition à la déclaration dans le nouveau régime. Concernant les

20. D. n  2021-1844, 27 déc. 2021, relatif aux associations cultuelles régies par la loi du 9 décembre 1905 : art. 2 à 6 modifiant le décret du 16 mars 1906 portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des  glises et de l'état (art. 1 à 8).

21. *Ibid.*, nouvel article 32-4 du décret du 16 mars 1906.

22. Le rapport Machelon est à l'origine du « rescrit cultuel » présenté comme un remède à « l'insécurité juridique » prévalant dans le domaine des associations se dotant du statut cultuel (*Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 41). La déclaration obéit à une logique identique, quoique plus contraignante puisque l'on passe du facultatif (rescrit)   l'obligatoire (déclaration).

23. CE, 21 janv. 1983, *Association Fraternité des serviteurs d'un monde nouveau* : *Lebon*, p. 18. – CE, ass., 1^{er} févr. 1985, n  46488, *Association chrétienne « Les Témoins de Jéhovah de France »* : *Lebon*, p. 22 ; RDP 1985, p. 483, concl. F. DELON et p. 497, note J. ROBERT ; RFDA 1985, p. 566, note P. SOLER-COUTEAUX. – CE, 17 juin 1988, n  63912, *Union des athées* : *Lebon*, p. 247 ; *Gaz. Pal.*, 25-26 janv. 1989, concl. N. LENOIR ; AJDA 1988, p. 582, chron. M. AZIBERT et M. DE BOISDEFRE. – CE, 29 oct. 1990, n  86973, *Association culturelle de l' glise apostolique arménienne de Paris* : *Lebon*, p. 297 ; CE, 28 avr. 2004, *Association culturelle du Vajra Triomphant* : AJDA 2004, p. 1367, concl. S. BOITARD.

24. CE, 23 juin 2000, n  215109, *Ministre de l'économie et des finances c. Association locale pour le culte des Témoins de Jéhovah de Clamecy* : *Lebon*, p. 242 ; AJDA 2000, p. 597, chron.

ressources des associations culturelles, elles pourront désormais « posséder et administrer tous immeubles acquis à titre gratuit » même s'ils ne sont pas liés à leur objet, à la condition que leur rapport ne représente pas plus de 50 % de leurs ressources annuelles²⁵. La loi inscrit clairement dans le Code général des collectivités territoriales le bail emphytéotique culturel réservé aux associations culturelles²⁶ et allège la garantie d'emprunt par une commune pour financer la construction « d'édifices répondant à des besoins collectifs de caractère religieux » en supprimant la référence à des « agglomérations en voie de développement »²⁷.

1.2. LES AUTRES ASSOCIATIONS DÉVALORISÉES ?

On sait que, à la suite du rejet par l'Église catholique des associations culturelles de la loi de 1905 est intervenue la loi du 2 janvier 1907 relative à l'exercice public du culte, autorisant le recours à la loi de 1901 pour « l'exercice public du culte » et que, de négociations en avis du Conseil d'État, sont nées les associations diocésaines pour le culte catholique dont on peine à déterminer la nature²⁸ et, s'engouffrant dans la brèche, des associations à objet mixte, non exclusivement culturel²⁹. Bien que n'étant pas culturelles au sens de la loi de 1905, elles devront désormais en respecter la plupart des contraintes. Leur objet culturel doit désormais être clairement identifié dans les statuts sous peine d'une mise en demeure par le préfet de le faire, sous astreinte d'un montant maximal de 100 euros par jour de retard³⁰.

M. GUYOMAR et P. COLLIN; *RDP* 2000, p. 1825, obs. A. GARAY et P. GONI; *RTDH* 2001, p. 1207, obs. G. GONZALEZ.

25. Art. 19-2 II de la loi de 1905 créé par l'article 71 de la loi du 24 août 2021.

26. Art. 70 de la loi du 24 août 2021, complétant l'article L. 1311-2 CGCT; sur la jurisprudence récente: CE, 10 févr. 2017, n° 395433, *Ville de Paris: Lebon*.

27. Art. 70 de la loi du 24 août 2021, modifiant l'art. L. 2252-4 CGCT.

28. Pour certains elles sont culturelles: V. E. TAWIL, *Cultes et congrégations*, Paris, Dalloz, 2019, p. 125 et les auteurs cités; pour P.-H. PRÉLOT, les « diocésaines sont les "culturelles" de l'Église catholique », in F. MESSNER (dir.), *Dictionnaire Droit des religions*, Paris, CNRS Éditions, 2010, p. 88; pour d'autres non: pour P. DELVOLVÉ, art. cit., elles peuvent être seulement qualifiées de « para-culturelles ». L'Administration les considère comme des culturelles et d'ailleurs elles bénéficient, comme elles, de la grande capacité juridique. Cependant, cette situation résulte d'un accord international avec le Saint-Siège, ce qui fait son originalité (E. TAWIL, *op. cit.*).

29. On entend par association « mixte », une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, mais qui exerce certaines activités culturelles (accessoirement et/ou occasionnellement): cérémonies religieuses, entretien de ministres du culte, etc.

30. Nouvel art. 4-2 de la loi du 2 janvier 1907 (art. 74 de la loi). Modalités décrites par l'article 5 du décret n° 2021-1789 du 23 décembre 2021 précité.

Le constat de la complexité de ce tissu associatif pour l'exercice du culte a été fait par la doctrine³¹ et la Commission européenne des droits de l'homme a pu relever, dans un contexte il est vrai particulier, qu'elle n'apercevait « aucune justification objective et raisonnable de maintenir un système qui défavorise à un tel degré les associations non-cultuelles », ce qui constitue une discrimination dans l'exercice de la liberté d'association³². Cette situation complexe issue, paradoxe de l'Histoire, de velléités séparatistes de l' glise catholique, perdue, mais le texte procède à un alignement du régime des diverses associations ayant un objet cultuel et Pierre Delvolvé se demande « si, sans que cela soit explicitement dit, l'idée générale n'était pas qu'une association qui a pour objet, exclusivement ou partiellement, l'exercice public d'un culte (et non pas seulement son soutien) ne devrait avoir pour statut celui d'association cultuelle de la loi de 1905³³ ». La réponse semble évidente tant les contraintes deviennent pesantes sans trop de contreparties. Rien n'empêchera par ailleurs les associations de la loi de 1905, toujours cantonnées à « l'exercice exclusif du culte » de former des associations de la loi de 1901 pour leurs autres activités et il faudra continuer à veiller à l'étanchéité du mur dressé entre leurs diverses activités. L'objectif est d'intégrer l'islam encore organisé dans le cadre de la loi 1901 dans le régime des cultes de la loi de 1905, en pariant sur une meilleure organisation du culte musulman sous la forme d'associations cultuelles et d'une union d'associations cultuelles à l'instar des autres cultes (catholiques, protestants, juifs). Le gouvernement et le législateur espèrent ainsi mettre fin au pouvoir des fédérations qui sont pour la plupart sous tutelle d' tats étrangers. Le nouveau schéma d'organisation nationale du culte musulman pour pallier la paralysie du CFCM et sur laquelle réfléchit le FORIF (Forum de l'islam de France) devrait aussi y contribuer. Pas sûr que cette énième tentative de modeler un islam en France à l'image autant que possible des autres cultes traditionnels y parvienne...

31. Par ex., P.-H. PRÉLOT, art. cit., p. 88 (« on pourrait imaginer dispositif plus simple »).

32. CEDH, rapp., 6 juill. 1994, n  14635/89, *Union des athées c. France*, § 78.

33. Art. cit. En excluant les associations dont l'objet est seulement le soutien   l'exercice public d'un culte, l'auteur entend préserver la spécificité des diocésaines et, donc, le « séparatisme » catholique.

2. LES CULTES DANS L'ŒIL SCRUTATEUR DE *BIG BROTHER* : LA RIGUEUR AFFICHÉE

Ces quelques points positifs, néanmoins perçus par beaucoup comme contraignants³⁴, n'effacent pas la lourdeur des contraintes nouvelles qui pèsent sur les associations ayant un objet culturel. Elles sont nombreuses (2.1) et certaines ne sont pas sans interroger les atteintes directes ou indirectes à l'espace des libertés d'association et/ou de religion (2.2).

2.1. DES CONTRAINTES À FOISON

Ces contraintes ont été largement détaillées par ailleurs, mais on peut en dresser une liste indicative que Prévert ne renierait pas :

- L'obligation de définir dans les statuts les modalités de recrutement des ministres du culte mais, clarification et assouplissement résultant de l'avis du Conseil d'État, seulement « lorsqu'elle [l'association] y procède » (art. 19 al. 4 de la loi 1905 – art. 68 de la loi).
- Le quasi-alignement des associations de la loi de 1901 sur les contraintes pesant sur les cultuelles (art. 4 al. 3, nouvel art. 4-1 de la loi du 2 janvier 1907 – art. 73 et art. 75-79 de la loi). Cet alignement concerne essentiellement le contrôle du financement des cultes organisé dans le cadre de la loi de 1901 et l'alourdissement des obligations comptables de ces associations. Par exemple, désormais soumises à certaines dispositions de l'article 21 de la loi de 1905 (nouvel art. 4-1 de la loi 1907), elles doivent établir des comptes annuels « de sorte que leurs activités en relation avec l'exercice public d'un culte constituent une entité fonctionnelle présentée séparément » et assurer « la certification de leurs comptes » en cas de délivrance de documents ouvrant droit à réduction d'impôts si elles reçoivent des subventions publiques pour un montant supérieur à 23 000 euros ou si leur budget annuel dépasse 100 000 euros³⁵. En cas d'appel « à la générosité publique », elles « établissent un compte d'emploi

34. Notamment le régime déclaratif dont on a pu par ailleurs souligner que « toutes les préfectures ne sont pas véritablement en mesure d'examiner l'ensemble des déclarations et de vérifier qu'elles correspondent bien à la pratique des associations cultuelles concernées » (M. PHILIP-GAY, art. cit.). Il pourrait en résulter des situations de discrimination indirecte puisqu'on imagine bien sur quelles associations cultuelles les préfectures vont se pencher...

35. D. n° 2021-1789, 23 déc. 2021, pris pour l'application de la loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes, art. 4.

annuel des ressources ainsi collectées lorsque leur montant excède 50 000 euros³⁶ ». Comme le soulignait le Conseil d'état, le texte comprend « un ensemble très significatif de contraintes nouvelles de gestion » et « s'agissant des conséquences des nouvelles mesures imposées aux associations mixtes en ce qui concerne leur organisation [...] l'étude d'impact ne donne aucune indication sur les effets concrets de la réforme et son co t³⁷ ».

- Une vigilance particulière par rapport à toute source de financement de l'étranger (nouvel art. 19-3 I de la loi 1905 – art. 77 de la loi – applicable aussi aux associations 1901 ; nouvel art. 910-1 du Code civil – art. 78 de la loi ; nouvel article 17-1 de 1905 pour les associations cultuelles en cas d'ali nation³⁸).
- Une omniprésence du contrôle de l'autorité préfectorale aux divers stades de la naissance et du fonctionnement de l'association.
- Plusieurs dispositions nouvelles de la police des cultes peuvent aussi affecter le fonctionnement des associations, par exemple l'interdiction pour une personne condamnée pour actes de terrorisme de diriger ou d'administrer une association cultuelle pendant 10 ans, 5 ans en cas de provocation à des actes de terrorisme (nouvel art. 36-2 de la loi 1905 également applicable aux associations de 1901 – art. 86 de la loi) ou encore la fermeture temporaire d'un lieu de culte pour une durée maximale de 2 mois en cas de propos, idées, théories ou activités qui provoquent «   la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes ou tendent à justifier ou à encourager cette haine ou cette violence » (nouvel art. 36-3 de la loi 1905 – art. 87 de la loi). Ce dernier point consolide l'inscription de la sanction de fermeture temporaire des lieux de culte dans le droit commun. Alors que le Code de la sécurité intérieure (art. L. 227-1) associe cette sanction, d'une durée maximale de 6 mois, « aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme », l'article 36-3 de la loi de 1905 en élargit le champ d'application, mais pour une durée maximale de 2 mois,   la provocation ou l'encouragement à la haine ou à la violence déconnectés de visées terroristes. Une anomalie toutefois doit être signalée. Le nouvel article 36-3 de la loi de 1905 ne semble pas applicable aux associations de la loi de 1901 cr ees en application de la loi du 2 janvier 1907. En effet, l'article 4 nouveau

36. *Ibid.* art. 3.

37. CE, avis, 3 déc. 2020, précit., p. 43.

38. D. n  2021-1812, 24 déc. 2021, relatif à la tenue par certains organismes d'un état séparé des avantages et ressources provenant de l'étranger.

de cette loi qui soumet ces associations à certaines dispositions de la loi de 1905, comme on l'a vu, ne renvoie pas à son article 36-3. Applicable aux seules associations culturelles, cette disposition manque donc son objectif puisqu'elle exonère les associations à objet culturel de 1901 de cette sanction, ce qui ne milite pas en faveur de leur conversion au statut de 1905. Situation ubuesque s'il en est !

- Enfin on signalera un fort alignement du droit local alsacien-mosellan, qui conserve bien entendu ses spécificités³⁹, sur les nouvelles obligations comptables, les ressources provenant de l'étranger et les diverses sanctions administratives et pénales (art. 74 de la loi).

2.2. DES INTERROGATIONS VERTIGINEUSES

La première interrogation concerne *l'obligation de prévoir dans les statuts* « l'existence d'un organe délibérant qui a notamment pour compétence de décider [...], lorsqu'elle y procède, du recrutement par l'association d'un ministre du culte ». Cette formulation devrait préserver la désignation ressortissant à une autorité ecclésiale, comme les catholiques s'il leur prenait l'envie d'endosser le statut de 1905⁴⁰. Il s'agirait, avec cette disposition, principalement « de protéger les associations contre d'éventuelles prises de contrôle par une minorité, et d'assurer une meilleure information de leurs membres [...] sur le recrutement de leurs officiants⁴¹ ». Outre le fait que l'association n'est pas tenue de procéder elle-même à ce recrutement (ce qui pose la question de l'organe ou de l'institution compétente pour le faire), une première difficulté réside dans l'indéfinition de la notion de « ministre du culte » et de son statut⁴². La deuxième tient à la réalisation de l'objectif visé qui pourrait, dans certains cas, nécessiter une ingérence de l'État en cas de conflit interne. La jurisprudence de la Cour européenne interdit à l'État de privilégier l'unité forcée d'une communauté, ce qui est en complet accord avec le principe du pluralisme. Dans une affaire *Serif*, la Cour a souligné

39. Cons. const., 21 févr. 2013, n° 2012-297 QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*: AJDA 2013, p. 1108, note E. FOREY; RFD const. 2013, p. 707, note G. GONZALEZ.

40. *Contra* P. DELVOLVÉ, art. cit., pt 9. L'évêque nomme le titulaire d'une cure.

41. CE, avis, 3 déc. 2020, précit., pt 72.

42. J.-M. WOEHRLING, « Statut des ministres du culte et droit français », *Revue du droit des religions*, n° 8, 2019, p. 75. L'auteur souligne que « la vision française tend à imaginer des sortes de prêtres musulmans, que seraient les imams, alors que ces derniers correspondent à des traditions et à des fonctions tout à fait différentes. [...] plutôt que sur le statut des "ministres du culte", il faudrait s'interroger sur les règles juridiques applicables aux "agents des organisations religieuses" » (*ibid.*, p. 78-79).

que « le requérant avait le soutien d'au moins une partie de la communauté musulmane de Rhodope » et « punir une personne au simple motif qu'elle a agi comme chef religieux d'un groupe qui la suit volontairement ne peut toutefois guère passer pour compatible avec les exigences d'un pluralisme religieux dans une société d mocratique⁴³ ». Surtout, elle énonce le principe selon lequel, « dans une société démocratique, l'état n'a pas besoin de prendre des mesures pour garantir que les communautés religieuses demeurent ou soient placées sous une direction unique⁴⁴ ». La Cour souligne « que des tensions risquent d'apparaître lorsqu'une communauté, religieuse ou autre, se divise, mais c'est là l'une des conséquences inévitables du pluralisme » et « le rôle des autorités en pareilles circonstances ne consiste pas à éliminer la cause des tensions en supprimant le pluralisme, mais à veiller à ce que les groupes concurrents se tolèrent les uns les autres⁴⁵ ». La Cour se veut ainsi très protectrice de l'autonomie des communautés religieuses et l'état doit y regarder à deux fois avant d'intervenir en cas de situation schismatique.

D'un autre côté, la loi n'apporte pas de solutions à la question clé de la formation des imams exerçant en France, où la gestion de l'islam demeure largement consulaire sur la base d'accords bilatéraux favorisant le détachement d'imams formés dans leur pays d'origine et dotés dans ce pays d'un statut de fonctionnaires. Cette situation nuit à la volonté de générer un cadre juridique favorisant l'intégration des musulmans. La mécanique contractuelle mise en place à partir de la Charte des principes de l'islam de France, présentée en janvier 2021, et qui devait être complétée par la création d'un Conseil national des imams dont le rôle serait de contrôler leur recrutement et leur formation dans le respect des valeurs républicaines s'est gripp e, toujours polluée par les conflits et la concurrence entre les diverses influences nationales. Là encore le FORIF devrait faire des propositions.

La deuxième interrogation concerne *le paysage associatif français de l'exercice des cultes* singulièrement complexe. La loi incitera-t-elle les associations mixtes à se convertir au statut des cultuelles de la loi de 1905 ? On rappellera que l'inapplication (en l'état) du nouvel article 36-3 de la loi de 1905 aux associations de la loi de 1901 peut constituer un frein à cette conversion. La diversité des régimes demeure, mais force est de constater que, au nom de la liberté d'association, il ne peut en aller autrement. Comme l'a souligné le

43. CEDH, 14 déc. 1999, n  38178/97, *Serif c. Gr ce*, § 52.

44. *Ibid.*

45. *Ibid.*, § 53. Jurisprudence confirmée : CEDH, Gde ch., 26 oct. 2000, n  30985/96, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* ; CEDH, 16 déc. 2004, n  39023/97, *Supreme Holy Council of the Muslim Community c. Bulgarie*.

Conseil constitutionnel, la liberté d'association « ne s'oppose toutefois pas à ce que des catégories particulières d'associations fassent l'objet de mesures spécifiques de contrôle de la part de l'État en raison notamment des missions de service public auxquelles elles participent, de la nature et de l'importance des ressources qu'elles perçoivent et des dépenses obligatoires qui leur incombent⁴⁶ ». De son côté, la Cour européenne juge que « la conclusion d'accords entre un État et une Église donnée prévoyant un statut fiscal spécifique en sa faveur ne s'oppose pas, en principe, aux exigences découlant des articles 9 et 14 de la Convention dès lors que la différence de traitement s'appuie sur une justification objective et raisonnable et qu'il est possible de conclure des accords similaires avec d'autres Églises qui en exprimeraient le souhait⁴⁷ ». Mais on peut légitimement se demander si alourdir à ce point les mesures de contrôle sur toutes les associations en raison de leur objet partiellement ou complètement culturel⁴⁸ n'apparaît pas disproportionné pour certaines d'entre elles qui n'exercent, bien entendu en régime de laïcité, aucune mission de service public, à qui n'incombe aucune dépense obligatoire et, donc, au seul critère de l'importance des ressources qu'elles perçoivent. De ce point de vue, les seuils fixés par le décret en Conseil d'État⁴⁹ pour imposer des règles strictes de gestion comptable semblent raisonnables, mais, comme il l'avait lui-même noté dans son avis, les interrogations sur les effets concrets et les coûts générés par ces nouvelles règles de gestion sur les associations mixtes demeurent⁵⁰, au risque d'obérer, peut-être, leur caractère proportionné.

Le contrôle sur les ressources provenant de l'étranger. La Cour de justice de l'Union européenne veille à préserver le principe de la libre circulation des capitaux (art. 63 TFUE) au regard des « restrictions » imposées entre les États membres⁵¹, mais aussi entre États membres et pays tiers⁵². On sait que

46. Cons. const., 20 juill. 2000, n° 2000-434 DC : D. 2001, p. 1839, obs. D. RIBES ; RDP 2000, p. 1542, note F. LUCHAIRE ; RFD const. 2000, p. 833, note D. RIBES et 2001, p. 95, note A. PARIENTE.

47. CEDH, déc. 14 juin 2001, n° 53072/79, *José Alujer Fernandez et Rosa Caballero Garcia c. Espagne*.

48. Les associations de la loi de 1901 peuvent avoir pour seul objet l'exercice d'un culte, soit qu'elles ne souhaitent pas se soumettre aux contraintes de la loi de 1905 (cette résistance est aujourd'hui amoindrie par le nivellement opéré par la nouvelle loi), soit qu'elles n'en remplissent pas les conditions, par ex. au vu du critère changeant de l'ordre public ou encore du respect des règles d'organisation du culte en question, notamment en situation de schisme. V. E. TAWIL, *op. cit.*, p. 177.

49. D. n° 2021-1789 précit.

50. CE, avis, 3 déc. 2020, précit., p. 43.

51. CJUE, 22 oct. 2013, n° C 105/12 à C 107/12, *Essent e. a.*, § 39.

52. CJUE, 18 janv. 2018, n° C 45/17, *Jahin*, §§ 19 à 21.

le droit de l'UE « ne permet pas un régime d'autorisation préalable pour les investissements directs étrangers qui se limite à définir de façon générale les investissements concernés comme des investissements de nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique, de sorte que les intéressés ne sont pas en mesure de connaître les circonstances spécifiques dans lesquelles une autorisation préalable est n cessaire⁵³ ». Qu'en est-il du régime de « déclaration à l'autorité administrative » des avantages ou ressources provenant de l'étranger ( tat, personne morale, personne physique) ? L'arrêt de la grande chambre de la CJUE du 18 juin 2020 interpelle sur ce point. Concernant le régime déclaratif mis en place pour les sources de financement étrangères des organisations de la société civile en Hongrie, la Cour considère que, pris dans sa globalité, il « est de nature à entraver la libre circulation des capitaux » et ces mesures, « en stigmatisant ainsi ces associations et fondations [...] sont de nature à créer un climat de méfiance à leur égard, propre à dissuader des personnes physiques ou morales d'autres  tats membres ou de pays tiers de leur apporter une aide financière ». Rejetant les justifications avancées d'accroître la transparence financière des associations, d'ordre public et de sécurité publique, la Cour juge que « la Hongrie a introduit des restrictions discriminatoires et injustifiées à l'égard des dons étrangers accordés aux organisations de la société civile, en violation des obligations qui lui incombent au titre de l'article 63 TFUE ainsi que des articles 7, 8 et 12 [liberté d'association] de la charte des droits fondamentaux de l'Union europ enne⁵⁴ ». Certes, le régime hongrois apparaît très intrusif, notamment par les obligations de publicité qu'il met en place. Les associations religieuses sont cependant expressément dispensées de ces obligations⁵⁵.

Soumettre les seules associations religieuses à cette obligation renforce logiquement le risque d'un constat d'une mesure discriminatoire et la démonstration du caractère impérieux, selon la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, des motifs pouvant justifier une telle restriction à la libre circulation des capitaux. Dans le mécanisme de la loi du 24 août 2021, l'opposition de l'autorité préfectorale au bénéfice de ces avantages et ressources peut intervenir « lorsque les agissements de l'association bénéficiaire ou de l'un de ses dirigeants ou administrateurs établissent l'existence d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société » ou lorsque « constituent une menace de même nature

53. CJUE, 14 mars 2000, n  C-54/99, * glise de scientologie de Paris*.

54. CJUE, Gde ch., 18 juin 2020, n  C-78/18, *Commission c. Hongrie*, §§ 57-58.

55. M. PHILIP-GAY, art. cit.

les agissements de tout État étranger, organisme entité, personne [...] ou de l'un de ses dirigeants, administrateurs, constituants, fiduciaires ou bénéficiaires⁵⁶ ». La formule pour être reprise de la jurisprudence de la CJUE⁵⁷ n'en est pas moins vague et sujette à interprétations, surtout s'agissant d'associations religieuses et/ou d'États, organismes ou personnalités étrangères⁵⁸. La charge de la preuve devrait en toute logique être lourde à porter. Par ailleurs, il faut aussi souligner que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme contrôle strictement l'ingérence de l'État lorsqu'elle « a menacé la pérennité, sinon entravé sérieusement l'organisation interne, le fonctionnement de l'association et ses activités religieuses, étant observé que les lieux de culte étaient eux-mêmes visés⁵⁹ ». La prudence est donc de mise quant à l'application potentiellement discriminatoire sur le fondement de la religion, et attentatoire aux libertés de religion et d'association, de cette nouvelle arme de dissuasion peut-être trop massive...

L'omniprésence de l'ingérence préfectorale, les mesures drastiques relevant de la police des cultes, notamment la « fermeture punitive des lieux de culte⁶⁰ », ne manqueront pas également de susciter de nombreux contentieux. Plus profondément, elles témoignent d'un changement de paradigme de la laïcité française car, comme cela a été relevé, « le problème du rôle de “contrôleur de la vie paroissiale” donné au représentant de l'État [...] va indéniablement à l'encontre du principe de séparation⁶¹ ».

Si nombreuses sont les nouvelles mesures contraignantes pour les seules associations ayant un objet culturel qu'elles traduisent un net changement de paradigme du principe de séparation sur lequel est arc-bouté celui de laïcité. Empêtré dans le dilemme de préserver sa neutralité tout en renforçant son contrôle sur les associations à objet culturel, flirtant avec la violation du

56. Art. 19-3 III nouveau de la loi de 1905, art. 77 de la loi.

57. CJUE, 14 mars 2000, n° C-54/99, *Église de scientologie de Paris*, § 17; Gde ch., 18 juin 2020, n° C-78/18, *Commission c. Hongrie*, § 91.

58. Quels seront les critères retenus? Quid de l'influence des intérêts diplomatiques ou géopolitiques de la France? S'appuiera-t-on sur les listes relatives aux sanctions imposées par l'ONU ou par l'UE qui font l'objet d'une jurisprudence fournie notamment de la CJUE (depuis CJUE, Gde ch., 18 juill. 2013, n° C -584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P *Commission c. Kadi*), mais aussi de la CEDH (CEDH, Gde ch., 12 sept. 2012, n° 10593/08, *Nada c. Suisse*)...?

59. CEDH, 30 juin 2011, n° 8916/05, *Association Les Témoins de Jéhovah de France c. France*, § 54.

60. J. JEANNENEY, « La résurgence des fermetures punitives des lieux de culte », *RFDA* 2021, p. 519.

61. M. PHILIP-GAY, art. cit., p. 2084.

principe de non-discrimination, l'État peine à trouver le moyen d'endiguer les débordements politiques et religieux d'un islam fondamentaliste rétif aux principes républicains. Mais si un groupe, finalement assez marginal, est visé, tous les groupes religieux sont atteints par cette frénésie sécuritaire. Avec quel résultat ? Le Conseil d'État s'interrogeait fort justement « sur la capacité de la réforme à atteindre tous ses buts, au regard des comportements de certains courants religieux qui tendent à échapper aux cadres institutionnels destinés à les organiser en s'en tenant à l'écart ou en les contournant⁶² ». Si tel était le cas, cette réforme législative pénaliserait plus les bons élèves que les mauvais...

62. CE, avis, 3 déc. 2020, précit., pt 72.

Les effets de la loi du 24 août 2021 sur le droit civil

Vincent EGÉA

Aix-Marseille Université, Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles (LDPSC)

RÉSUMÉ

En modifiant certaines techniques civilistes et en mobilisant des rédacteurs d'actes authentiques, la loi confortant le respect des principes de la République met davantage l'accent sur la dimension symbolique de la loi civile que sur un apport technique. Il apparaît en effet que les modifications qui concernent la réserve héréditaire résultent plus d'une prise en compte de ce que cette institution est censée représenter que de sa consistance juridique véritable. Il en va de même pour les efforts déployés afin de doter l'officier de l'état civil de pouvoirs dont il disposait déjà en partie. Le texte intéresse assurément des valeurs que le législateur a souhaité afficher dans une sorte de fronton législatif, au sein du Code civil, corpus qui occupe une place singulière dans la représentation collective.

ABSTRACT

By modifying civil law techniques and mobilizing public officers, the law reinforcing respect for the principles of the Republic places more emphasis on the symbolic dimension of civil law than on a technical contribution. It appears that the changes concerning the inheritance reserve result more of a consideration of what this mechanism is supposed to represent than of its actual legal substance. The same applies to the efforts made to endow the civil registrar with powers that he already had in part. The text certainly concerns values that the legislator wished to display in a sort of legislative pediment within the Civil Code, corpus that occupies a singular place in collective representation.

Traiter des effets de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 sur le droit civil¹ peut a priori surprendre, tant la loi confortant le respect des principes de la République semble à première vue concerner le droit pénal, ou encore la loi du 9 décembre 1905 de séparation des Églises et de l'État, ainsi que le droit public. À bien y regarder pourtant, le Code civil se trouve directement modifié par les articles 24, 35 et 78 de la loi nouvelle². À côté de ces dispositions qui concernent le Code civil lui-même, si l'on considère que le droit civil peut se trouver aussi hors les murs du Code civil³, d'autres dispositions intéressent cette matière. L'article 29 modifie ainsi le Code de la sécurité sociale s'agissant de la pension de réversion dans le cadre d'un mariage polygamique. Quant à l'article 79 de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, il porte sur l'aliénation d'un local servant habituellement à l'exercice public d'un culte, et intéresse donc le droit des contrats spéciaux. Ladite aliénation étant subordonnée, à peine de nullité, à une déclaration préalable auprès de l'autorité administrative.

D'un point de vue technique, ces différentes dispositions ont été dans l'ensemble reçues avec une certaine tiédeur⁴ par la doctrine, voire avec une franche hostilité⁵. Il fut dénoncé ainsi le caractère inutile de ces textes, et les commentateurs rivalisèrent d'ingéniosité pour démontrer à quel point leur mise en œuvre serait difficile. Certains suggérèrent⁶ de former des questions prioritaires de constitutionnalité, dès lors que les dispositions en question

-
1. V. not. L. LEVENEUR, « Les droits des personnes », *RFDA* 2021, p. 831 ; adde H. FULCHIRON et S. FERRÉ-ANDRÉ, « Entre trop et pas assez : le droit de prélèvement version 2021 », *JCP G* 2021, doct. 1109 ; A. TANI, « Action en réduction et devoir notarial renforcé : la loi doit-elle énoncer des évidences ? », *Dr. famille* 2021, comm. 17.
 2. Il sera revenu plus loin, en détail, sur ces dispositions, mais l'on peut d'ores et déjà préciser l'apport de chacune. L'article 24 crée un droit de prélèvement compensatoire sur les biens successoraux situés en France, afin de préserver la réserve héréditaire. Il impose également au notaire, dans son 2°, d'informer les héritiers réservataires de leur droit de réduire une libéralité excessive. L'article 35 concerne quant à lui le rôle de l'officier de l'état civil lors des formalités préalables à la célébration du mariage, au travers des entretiens individuels avec les futurs époux. L'article 78 crée pour sa part un nouvel article 910-1 du Code civil qui concerne les libéralités consenties à des associations culturelles.
 3. V. pour l'effet de la loi sur l'instruction en famille et donc, sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale (l'article 213 du Code civil érige l'éducation des enfants en devoir attribué aux parents, comme prérogative d'autorité parentale), B. BEIGNIER, « La réforme de l'instruction en famille par la loi du 24 août 2021 », *Dr. famille* 2022, repère 1.
 4. V. not. H. FULCHIRON et S. FERRÉ-ANDRÉ, art. cit. ; A. TANI, art. cit.
 5. H. PÉROZ, « Le droit de prélèvement compensatoire : tout nouveau, tout faux ? », *Dr. famille* 2021, comm. 146 ; « Le droit de prélèvement compensatoire ou la mise à mal de la pratique des successions internationales », *JCP N* 2021, act. 805.
 6. V. H. PÉROZ, art. cit.

n'ont pas fait l'objet du contrôle *a priori*, voire de former des questions pré-judicielles devant la Cour de justice de l'Union européenne.

Quelques auteurs, assez rares, ont cependant approuvé les textes dont il est ici question, en particulier en ce qui concerne le droit de prélèvement compensatoire⁷. La pratique et les premières mises en œuvre contentieuses vont assurément constituer des révélateurs de l'opportunité ou de l'inopportunité de telle ou telle disposition. Pour l'heure, et puisqu'il s'agit de mesurer l'impact de cette loi sur le droit civil, on peut tout de même partir du postulat selon lequel le législateur a jugé nécessaire de modifier certaines normes en cette matière (dans le Code et hors les murs de celui-ci) dans le but de conforter les valeurs de la République.

Ce postulat étant posé, le droit civil se trouve dans une situation paradoxale. Habitué aux rapports de droit privé, le civiliste imaginerait à première vue que c'est dans la Constitution que se trouvent ces principes. Ou à tout le moins dans des textes de droit public. Il convient de dépasser une telle approche simplificatrice.

Certaines institutions et mécanismes du droit civil paraissent affectés par les nouvelles dispositions moins pour leur dimension strictement technique, mais pour le symbole qu'ils représentent. Tel est le cas de la réserve héréditaire ou des conditions d'accès au mariage.

Au travers de la réforme des dispositions qui intéressent ces deux institutions du droit civil, il est bien question d'affirmer qu'elles sont porteuses de certains principes, tels qu'une forme d'égalité entre les héritiers et tels que la liberté individuelle chassant le mariage forcé. Égalité et liberté, quoi de plus logique lorsqu'il est question des principes de la République. D'autres dispositions en revanche intéressent moins la valeur symbolique des mécanismes ou institutions de droit civil que leur utilité technique. Tel est le cas par exemple des dispositions qui concernent le droit des libéralités.

La loi confortant le respect des principes de la République ne modifie nullement de manière significative le contrat de donation ou le contrat de vente, mais se contente de les réglementer, de manière somme toute assez technique, afin de satisfaire d'autres finalités, relatives au financement des associations culturelles ou encore au contrôle des aliénations de locaux servant habituellement à l'exercice public d'un culte, au profit d'un État étranger.

7. V. L. LEVENEUR, art. cit., selon qui « le raffermissement de la réserve héréditaire réalisé par l'instauration de ce droit de prélèvement dans les successions internationales devrait ainsi, par cohérence, donner un coup d'arrêt décisif à l'idée de suppression de la réserve dans les successions internes, et c'est heureux ».

Les mécanismes de droit civil sont ici, de manière classique, les vecteurs de la poursuite d'autres objectifs recherchés par la loi. Les dispositions de droit civil viennent alors au soutien de la volonté d'exercer un contrôle étatique sur les libéralités faites ou sur les aliénations réalisées.

Autrement dit, on trouve deux séries de modifications du droit civil dans la loi du 24 août 2021 : les modifications avant tout symboliques, les modifications plus techniques. Il ne s'agit évidemment pas de deux ensembles parfaitement hermétiques, puisque toute modification symbolique comporte aussi des incidences techniques et réciproquement. Il serait plus exact de parler de degrés au sein des modifications faites.

Ces préalables étant posés et quelles que soient les limites et imperfections des textes, l'idée d'un a priori surprenant mérite d'être relativisée. Il n'est en effet pas incongru que certains symboles du droit civil et que des mécanismes de cette matière soient mobilisés afin de conforter le respect des principes de la République, dès lors que pour reprendre la formule de Carbonnier, ce qui se trouve au cœur du droit civil est la civilité, c'est-à-dire le « vivre ensemble⁸ ».

Quoi de plus logique, ce faisant, que ce soit au cœur de ce texte qui revêt une importance particulière dans l'imaginaire collectif français⁹, le Code civil, véritable constitution civile de la France, selon l'expression de Demolombe reprise par Carbonnier¹⁰, que se trouvent certaines modifications faites.

Il convient cependant de dépasser cette évidence pour se pencher plus avant sur les choix législatifs opérés. Il apparaît en effet que la loi du 24 août 2021 intéresse d'une part certaines techniques et qu'elle assigne des rôles particuliers à certains acteurs.

Seront donc évoqués successivement les techniques concernées (1) et les acteurs mobilisés (2).

8. J. CARBONNIER, « *Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile* », in Jean Carbonnier. *L'homme et l'œuvre*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 703-705.

9. V. en dernier lieu le débat relatif à la nécessité de rédiger un nouveau Code civil : B. BEIGNIER, « Pour un nouveau code civil », *D.* 2019, p. 71 ; Th. REVET, « À propos de l'article de Beignier "Pour un nouveau code civil" », *D.* 2019, p. 110 ; B. BEIGNIER, « Réponse à Th. Revet ("Pour un nouveau code civil") », *D.* 2019, p. 1408 ; adde R. CABRILLAC, « Un nouveau Code civil ? », *D.* 2019, p. 2149 ; S. PIÉDELIEVRE, « Du passé, ne faisons pas table rase », *D.* 2019, p. 1547.

10. Sur l'origine et le destin de l'expression « constitution civile de la France », V. Y. GAUDEMET, « Le Code civil, constitution civile de la France », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 297.

1. LES TECHNIQUES CONCERNÉES

Les techniques concernées par la loi du 24 août 2021 qui intéressent le droit civil portent sur la règle de conflit de lois, à savoir son éviction (1.1) et la compensation de son effet (1.2).

1.1. L'ÉVICTION DES EFFETS DE LA RÈGLE DE CONFLIT DE LOIS

L'éviction de la règle de conflit ou, plus exactement, la mise à l'écart de son effet, se trouve mise en place par la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021. Il s'agit d'écarter les incidences de l'application d'une loi dont le contenu ne respecte pas les principes de la République. L'application de la loi étrangère peut résulter soit d'un choix de ladite loi, effectué par la personne elle-même, mais aussi parce qu'il s'agit de la loi nationale de l'intéressé.

Deux finalités sont poursuivies par ces modalités d'application de la loi étrangère. S'agissant de l'application de la loi étrangère choisie par les parties, il est question de la sécurité juridique et de la prévisibilité. En ce qui concerne l'application de la loi nationale de l'intéressé, le principe de permanence du statut personnel constitue un objectif déterminant. L'article 29 de la loi du 24 août 2021 complète l'article L. 161-23-1 A du Code de la sécurité sociale, afin de préciser qu'« une pension de réversion [...] ne peut être versée qu'à un seul conjoint survivant. En cas de pluralité de conjoints survivants, la pension de réversion est versée au conjoint survivant de l'assuré dont le mariage a été contracté, dans le respect des dispositions de l'article 147 du code civil, à la date la plus ancienne ».

On comprend ainsi facilement qu'il est question ici de lutter contre la polygamie, et donc, de manière corrélatrice, d'affirmer la prégnance du principe de monogamie, en supprimant la possibilité pour la seconde épouse de solliciter une pension de réversion. Le texte vise, autrement dit, à faire perdre l'attractivité d'un éventuel mariage polygamique, du moins en ce qui concerne le droit à pension de retraite.

A priori, la disposition pourrait surprendre, tant il paraît acquis que le mariage célébré en France nécessite que le précédent mariage soit préalablement dissous. La célébration d'un second mariage demeure en effet impossible avant la dissolution de la première union, y compris lorsqu'il est question de célébrer le second mariage entre les deux mêmes époux¹¹. L'article 147

11. Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004: *Rev. crit. DIP* 2004, p. 395, obs. B. ANCEL; *D.* 2004, p. 2963, obs. J.-J. LEMOULAND; *RTD civ.* 2004, p. 267, obs. J. HAUSER: en l'espèce deux époux de

du Code civil dispose en effet qu'« on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

Apprécier l'effet de la loi nouvelle sur le problème du versement de la pension de réversion dans les couples polygames en France implique de revenir vers quelques notions de droit international privé. La formation du mariage se trouve en effet soumise à deux règles de conflits différentes, en droit français. Alors que les conditions de forme du mariage relèvent de la loi du lieu de célébration du mariage, les conditions de fond se trouvent quant à elle soumises à la loi nationale des intéressés, de manière distributive. Ainsi, le mariage célébré à l'étranger, en respectant les formes locales, entre deux ressortissants étrangers, conformément à leurs lois nationales, demeure en principe valable au regard du droit international privé français¹². On considère ici que l'ordre juridique français est peu concerné par cette situation, ce que désigne l'expression d'effet atténué de l'exception d'ordre public. En revanche, si l'on prend l'exemple du mariage d'un époux comorien, marié une première fois aux Comores qui souhaite en revanche se marier une seconde fois en France, alors que son premier mariage n'est pas dissous, l'exception d'ordre public va jouer. Il est alors question dans cet exemple de créer en France un effet juridique. De même si un Français souhaite se marier aux Comores, alors qu'il est encore marié, sa loi nationale s'y oppose.

En raison de l'effet atténué de l'exception d'ordre public, il existe donc des mariages polygamiques qui traditionnellement sont valables au regard du droit international privé français. Ainsi, avant que les conditions d'accès au territoire pour les familles polygames ne soient durcies, des familles purent s'installer valablement en France, leur mariage, quoique polygamique, ayant été célébré précédemment à l'étranger, conformément aux formes locales et en respectant les lois nationales des intéressés¹³. L'effet atténué de l'ordre public permet alors de faire prévaloir le principe de permanence du statut personnel. La jurisprudence a fréquemment l'occasion de le rappeler et la Cour de cassation le fit encore dans un arrêt du 17 novembre 2021¹⁴, en cassant un arrêt d'appel ayant déclaré irrecevable une requête en divorce introduite en France par une épouse aux motifs que le droit français ne

nationalité zairoise (actuelle République démocratique du Congo) s'étant mariés par procuration conformément au droit local, souhaitent faire célébrer à nouveau leur mariage par un officier de l'état civil français, ayant des doutes sur la validité de leur première union.

12. Tel serait le cas par exemple du mariage de deux Comoriens célébrés aux Comores.

13. Cass. 2^e civ., 2 mai 2007, n° 06-11.418 : « l'ordre public français ne fait pas obstacle à l'acquisition de droits en France sur le fondement d'une situation créée sans fraude à l'étranger en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé. »

14. Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 2021, n° 20-19-420.

reconnait pas la bigamie. La première chambre civile rappelle que le juge français doit, en présence d'un élément d'extranéité, vérifier si la loi personnelle des époux autorise la bigamie, et ce, afin de se prononcer, sur la dissolution du second mariage.

Cet exemple jurisprudentiel signifie donc qu'il convient d'admettre ici que, potentiellement, dans certaines hypothèses où le mariage bigamique sera célébré à l'étranger sans fraude, conformément aux formes locales et en respectant les lois nationales des intéressés, il pourra être reconnu en France. D'anciens exemples jurisprudentiels démontrent¹⁵ que, par le passé, une pension alimentaire put être reconnue à la seconde épouse ou encore qu'elle pût se voir reconnaître une pension de réversion¹⁶ lorsque le mari défunt a cotisé en France, alors même que le mariage était nul, en raison de la théorie de la putativité. Les caisses de retraite pratiquaient généralement un partage par moitié de la pension de réversion entre les deux épouses, voire instillaient une distinction au prorata des durées de mariage respectives. En tout état de cause, les caisses de retraite n'accordaient ladite pension que pour le montant nominal global d'une seule pension de réversion.

Avec la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, le législateur a affiché précisément une volonté de revenir sur cette solution, en érigeant deux barrières face à ces conséquences d'un mariage polygamique régulièrement célébré à l'étranger¹⁷, qui concernent les documents de séjour¹⁸ et les pensions de réversion. En ce qui concerne ces pensions de réversion, l'article L. 161-23-1 A du Code de la sécurité sociale pose expressément un principe d'unicité du versement¹⁹. Le texte prévoit toutefois deux exceptions tirées du respect des engagements internationaux de la France²⁰ et de la théorie du mariage putatif. Aussi, si le deuxième conjoint est de bonne foi et que le mariage est annulé, alors un partage de la pension entre les deux conjoints survivants devrait demeurer possible. Sur ce point, le texte nouveau fait naître une certaine perplexité dès lors que la jurisprudence put déjà par le passé soumettre de la sorte le bénéficiaire de la pension de réversion au jeu de la

15. Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1988 : *Rev. crit. DIP* 1989, p. 71, note Y. LEQUETTE.

16. Adde plus récemment Cass. 2^e civ., 20 déc. 2018, n° 17-27.987 ; 5 nov. 2015, n° 14-25.565 ; 9 oct. 2014, n° 13-22.499.

17. V. L. LEVENEUR, art. cit.

18. En ce qui concerne les documents de séjour, V. la contribution de Serge Slama dans ce numéro, p. 153-170, ce qui explique que les présents développements se limitent à la pension de réversion.

19. V. *supra* pour le texte du nouvel article L. 161-23-1 A du Code de la sécurité sociale.

20. L'on songe ici aux conventions bilatérales.

putativité. Le véritable apport du texte suscite alors des interrogations et l'on peut raisonnablement considérer que, la solution technique fondée sur la putativité ayant déjà été dégagée par la jurisprudence²¹, le texte poursuit avant tout une finalité symbolique, en écartant le juge de l'effet atténué de l'exception d'ordre public pour affirmer ce faisant la prégnance du principe de monogamie, y compris dans ces situations marquées par des liens forts avec les ordres juridiques étrangers.

La nouvelle disposition a donc pour conséquence d'évincer un effet classique de la mise en œuvre de la règle de conflit française, quand elle aboutit à la désignation d'une loi étrangère qui pourrait pourtant recevoir application en France en raison de l'effet atténué de l'ordre public. Au regard des mécanismes classiques du droit international privé, la disposition nouvelle est intéressante, car ce n'est pas tant la loi étrangère qui est évincée au profit de la loi française, mais il s'agit davantage de paralyser les conséquences en droit français pour contraindre au respect de la monogamie. On prive plus exactement la polygamie de l'un des effets sociaux qui pouvait jusque-là marquer sa validité internationale. C'est moins la loi étrangère qui est écartée que ses effets indirects en droit interne. En ce sens, la disposition présente une certaine originalité, en aboutissant à un résultat qui pouvait probablement être atteint par d'autres biais, comme le prouve l'étude de la jurisprudence, dans le but évident d'ériger la monogamie non seulement en principe juridique, ce qu'elle était déjà, mais surtout en symbole.

Ailleurs dans la loi, il s'agit de compenser les effets de la loi étrangère.

1.2. LA COMPENSATION DU JEU DE LA RÈGLE DE CONFLIT

La compensation du jeu de la règle de conflit ou, plus exactement, la compensation de ses effets apparaît à l'article 24 de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, dont le but semble consister à préserver la réserve héréditaire qui serait d'ordre public. L'article 24, en créant un nouvel article 913 alinéa 3 du Code civil, reste la disposition la plus remarquée par les privatistes civilistes et internationalistes, au sein de la loi du 24 août 2021.

Institution de droit successoral²², la réserve héréditaire est une part de la succession dont on ne peut pas, selon le Code civil, disposer par libéralité,

21. V. pour la prise en compte de la bonne foi de la seconde épouse : Cass. soc., 9 nov. 1995 : *Bull. civ.* V., n° 296.

22. Sur la réserve héréditaire, V. not. C. PÈRES et Ch. VERNIÈRES, *Droit des successions*, Paris, PUF, 2018, spéc. p. 349 et s.

dans le but de garantir une forme d'égalité entre les héritiers, de lutter contre l'exhérédation et qui peut participer d'une protection d'ordre alimentaire. Aussi, à suivre les intentions législatives, les finalités poursuivies par la réserve héréditaire seraient donc préservées grâce à la consécration du nouveau mécanisme, de deux manières. L'article 24 de la loi institue tout d'abord un droit de prélèvement compensatoire de biens successoraux situés en France. La même disposition détaille ensuite le rôle que le notaire²³ doit désormais jouer à l'égard des héritiers réservataires. En ce qui concerne le droit de prélèvement compensatoire, pour les successions ouvertes depuis le 1^{er} novembre 2021, un nouvel article 913 alinéa 3 a été consacré.

L'alinéa ainsi ajouté dispose que « Lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou y réside habituellement et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses héritiers ou ses ayants cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci ».

L'article 913 alinéa 3 du Code civil a suscité de nombreuses interrogations relatives en particulier à sa place au sein de la loi confortant le respect des principes de la République. Non sans afficher une forme de scepticisme, certains commentateurs purent poser la question de savoir comment cette disposition permet de conforter le respect des principes de la République. Plusieurs auteurs y ont vu une sorte de cavalier législatif, une occasion ayant été saisie de contrecarrer les jurisprudences *Jarre* et *Colombier*, dans un contexte où l'ouverture de la succession de Johnny Hallyday vulgarisa les enjeux du droit international privé au-delà d'un cénacle fort restreint d'internationalistes spécialistes du patrimoine familial.

La question posée est simple et consiste à déterminer si une loi étrangère qui ne prévoit pas la réserve héréditaire s'avère contraire à l'ordre public au sens du droit international. La Cour de cassation ne fut jamais saisie de cette question, mais le débat a été relancé au début des années 2010 pour deux raisons différentes. D'une part, le règlement n° 650/2012, dit règlement « Successions²⁴ », qui met fin à la solution prétorienne du morcellement des successions internationales, au profit d'une quête d'unité, marque une nette

23. Ce point sera étudié *infra*.

24. Règl. (UE) n° 650/2012 du PE et du Cons., 4 juill. 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution

faveur pour les pactes successoraux. Par ailleurs, pour les successions ouvertes à compter du 17 août 2015, la loi applicable est la loi du dernier domicile du défunt, mais ce dernier peut, de son vivant, choisir sa loi nationale pour régir la succession. Ainsi, un Irlandais qui passe sa retraite dans le sud de la France peut choisir la loi irlandaise comme loi applicable à sa succession, même pour des biens immobiliers situés en France. Or, il n'existe pas de réserve héréditaire en droit irlandais et paraît donc possible une atteinte à la réserve héréditaire²⁵ de ses héritiers, alors même que des biens se situeraient en France. D'autre part, si la question n'avait jamais été posée à la Cour de cassation, c'est parce qu'il existait un mécanisme protecteur du droit de prélèvement de l'héritier français pour les biens situés en France. Le droit de prélèvement était issu d'une loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction, qui visait précisément à protéger l'institution de la réserve héréditaire. Le mécanisme permettait à un héritier français de prélever en priorité sur des biens situés en France sa part de réserve héréditaire, lui évitant de subir les conséquences de l'application d'une loi étrangère méconnaissant la réserve. Le droit de prélèvement ne concernait cependant que l'héritier de nationalité française et, pour cette raison, le Conseil constitutionnel²⁶, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, a jugé le dispositif contraire au principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

La question du caractère d'ordre public de la réserve héréditaire va finalement être tranchée par deux arrêts importants rendus le 27 septembre 2017, dits arrêts *Jarre et Colombier*²⁷, au sujet de musiciens de nationalité française, installés durablement en Californie et qui organisent là-bas leur succession et ceci aboutit à priver leurs héritiers de biens successoraux auxquels ils auraient eu droit selon la loi française. La Cour de cassation²⁸ juge que la loi

des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

25. Comp. C. DENEUVILLE et S. GODECHOT-PATRIS, « Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire », *JCP N* 2018, 1239.
26. Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC : *D.* 2012, p. 2331, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 457, note B. ANCEL ; *JDI* 2012, p. 135, note S. GODECHOT-PATRIS ; *Defrénois* 2011, p. 1351, note M. REVILLARD ; *D.* 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE.
27. Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 : *Rev. crit. DIP* 2018, p. 87, note B. ANCEL ; *Dr. famille* 2017, comm. 230, obs. M. NICOD ; *JDI* 2018, comm. 3, note E. BENDELAC ; *D.* 2017, p. 2185, note J. GUILLAUMÉ ; *AJ fam.* 2017, p. 510, obs. A. BOICHÉ ; *AJ fam.* 2017, p. 598, obs. P. LAGARDE, A. MEIER-BOURDEAU, B. SAVOURÉ, G. KESSLER ; *RTD civ.* 2018, p. 189, obs. M. GRIMALDI.
28. V. H. FULCHIRON, « Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexion sur les notions de précarité économique et de besoin », *D.* 2017, p. 2139.

étrangère qui méconnaît la réserve n'est pas, en elle-même, contraire à l'ordre public. Il faut veiller à ce que sa mise en œuvre ne porte pas atteinte à un principe jugé essentiel par l'ordre juridique français. Tel serait assurément le cas d'une loi étrangère qui consacrerait ouvertement une distinction successorale entre les hommes et les femmes; ou bien une loi étrangère réservant la succession aux héritiers de certaines confessions seulement; voire encore qui réserverait la succession aux seuls enfants dits « légitimes »...

Les arrêts du 27 septembre 2017 suscitèrent beaucoup d'émotion dans les rangs des juristes civilistes attachés à la réserve. Un rapport officiel conclut à la nécessité de conserver le caractère d'ordre public de la réserve²⁹. La loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 semble répondre à cette proposition, de manière singulièrement maladroite sans doute d'un point de vue technique. Sur la place de ce mécanisme dans la loi, on peine a priori à déterminer la manière dont il concerne le séparatisme religieux. Pour cette raison sans doute, les travaux préparatoires insistent sur le traitement différencié entre la sœur et le frère dans certains États de droit musulman, la fille héritant de la moitié de la part de son frère. Par exemple, si un Marocain qui réside habituellement en France choisit sa loi nationale pour régir sa succession, sa fille aura la moitié de ce à quoi a droit son frère. Le dispositif est censé lutter contre l'application d'une telle loi étrangère.

Deux remarques méritent d'emblée d'être formulées. La première remarque consiste à rappeler que la réserve formulée dans les arrêts *Jarre* et *Colombier*, tirée de l'atteinte concrète que causerait l'application d'une loi étrangère à un principe essentiel du droit français, permettait sans doute d'atteindre le même objectif. Surtout, le nouvel article 913 alinéa 3 du Code civil revêt un champ à la fois trop large et trop restreint puisqu'il concerne en effet les lois étrangères qui « ne permettent *aucun* mécanisme réservataire protecteur des enfants ». Or, ne pas prévoir de mécanisme protecteur est une chose différente que d'organiser des mécanismes protecteurs, mais de manière inégalitaire, comme le font la plupart des droits d'inspiration musulmane, en comportant des formes de réserve³⁰, mais selon des taux différents entre hommes et femmes.

Par ailleurs, pour éviter sans doute une censure par le Conseil constitutionnel, voire que le mécanisme ne contrevienne aux exigences du règlement « Successions », il a par ailleurs un champ personnel très large, en concernant le

29. C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER (dir.), *Rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire*, DACS, 13 déc. 2019.

30. Sur ce point, V. J.-P. DECORPS, « La réserve héréditaire en droit comparé », in V. EGÉA (dir.), « La réserve héréditaire », *Dr. famille* 2019, dossier 21; adde H. PÉROZ, art. cit.

défunt ou au moins un de ses enfants, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou ayant sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre de l'Union. Par exemple, à propos d'un Australien, dont tous les héritiers sont australiens, mais qui possède un bien immobilier en France : dès lors que l'un de ses héritiers australiens réside habituellement en Roumanie, les autres héritiers peuvent invoquer l'application de loi française pour la dévolution du bien situé en France, en application du nouvel article 913 alinéa 3 du Code civil.

En voulant se prémunir contre les distinctions fondées sur le sexe, sur la religion, sur le type de filiation, dans une dévolution successorale, le texte donne en réalité aux lois françaises successorales un champ protecteur de la réserve héréditaire à la fois trop morcelé d'un point de vue matériel, en ce qui concerne la masse des biens successoraux, et trop large, d'un point de vue personnel, en ce qui concerne la détermination des héritiers qui peuvent l'invoquer. Des situations successorales objectivement très éloignées du droit français risquent d'être concernées.

Techniquement, la nouvelle disposition est donc porteuse d'une confusion entre protection de la réserve héréditaire et protection contre les discriminations successorales dont peuvent être victimes les femmes, les enfants qui ne sont pas nés dans le mariage, ou encore les héritiers qui ne sont pas de confession musulmane. La confusion législative ainsi opérée résulte sans doute de la construction d'une image idéal-typique de ce qu'est la réserve héréditaire, ou ce qu'elle devrait être, ou de ce que l'on imagine qu'elle est, à savoir une garantie d'égalité entre les héritiers. Or, la réserve héréditaire ne garantit pas une égalité parfaite entre les héritiers, mais évite les inégalités de parts trop disproportionnées, voire une exhérédation.

C'est donc une figure totémique que l'on tente ainsi de protéger : l'égalité entre héritiers, entendue comme à la fois une égalité de parts successorales (ce qu'elle est en partie) et comme une institution de non-discrimination (homme/femme). Un symbole est donc en cause, car avec la réserve héréditaire, le droit français ne distingue plus entre héritier mâle et femelle, contrairement à l'ancien droit. La nouvelle disposition entend donc en somme rappeler cette assise solide sur laquelle repose le droit successoral français et que ne sauraient ébranler les lois successorales étrangères qui seraient désignées par la règle de conflit française, laquelle provient en l'occurrence d'une source européenne.

Au-delà des mécanismes ainsi mobilisés, la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 sollicite certains acteurs pour la mise en œuvre de ses dispositions qui intéressent le droit civil.

2. LES ACTEURS MOBILISÉS

En ce qui concerne le droit civil, la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 mobilise deux acteurs différents, tous deux rédacteurs d'actes authentiques, afin de garantir les principes dont elle entend assurer le respect, et qui sont l'officier de l'état civil (2.1) et le notaire (2.2).

2.1. L'OFFICIER DE L'ÉTAT CIVIL

L'officier de l'état civil se trouve au cœur du dispositif mis en place par l'article 35 de la loi et qui modifie l'article 63 du Code civil, texte concernant les formalités qui précèdent la célébration du mariage. Le principe dont il s'agit de conforter le respect en ce qui concerne cette disposition est la liberté matrimoniale. Le texte entend plus précisément lutter contre les mariages forcés, et en particulier une éventuelle union négociée par le père de famille, au nom, à la place et pour le compte de sa fille. En soi, cet objectif législatif ne constitue pas une nouveauté, mais la disposition nouvelle entend manifestement renforcer la visibilité et l'efficacité de cet objectif. Il existe en effet deux manières de lutter contre les mariages forcés qui, par essence, portent atteinte à l'expression d'un consentement libre.

La première modalité de lutte contre les mariages forcés relève de l'ordre de la prévention. En amont, on tente soit d'empêcher le mariage forcé, par exemple en érigeant l'âge nuptial de la femme de 15 à 18 ans, avec la loi du 4 avril 2006. Il en va de même en accordant plus de pouvoirs à l'officier de l'état civil, afin de lui permettre de signaler au parquet un risque de mariage forcé pour qu'il exerce sa faculté d'opposition au mariage. La deuxième modalité est d'ordre curatif et intervient en aval. Une fois le mariage forcé célébré, sa nullité peut être judiciairement prononcée, pour défaut de consentement ou consentement qui n'est pas libre³¹.

La loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 mise très clairement sur le volet préventif de la lutte contre les mariages forcés. Pour ce faire, il convient de

31. C. civ., art. 180: «Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage. S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage.»

rappeler qu'en vue de la publication des bans, l'officier de l'état civil recueille toute une série de pièces qui permettent de justifier l'identité des époux et il procède à l'audition commune des époux. L'article 63 du Code civil, tel que modifié par la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 intéresse précisément l'audition commune des époux, en prévoyant la faculté d'auditions séparées des conjoints. Le système diffère assez peu de ce qui existait précédemment, en ce qui concerne la possibilité d'un entretien individuel. Avant la rédaction issue de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, l'article 63 du Code civil disposait que « L'officier de l'état civil, s'il l'estime nécessaire, demande à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux ». Initialement, il semble que le dispositif fut avant tout conçu pour prévenir la célébration des mariages dits « blancs », c'est dire dans lesquels les époux poursuivent un but étranger à l'institution matrimoniale, en termes de droit de la nationalité par exemple. Si cet objectif n'était pas textuellement érigé en but de l'audition séparée ni, a fortiori, comme l'unique but poursuivi, le pouvoir exécutif interprétait cependant en ce sens les dispositions du Code civil³².

À l'issue désormais de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, il apparaît clairement que l'audition séparée des époux, si elle peut permettre de déceler d'éventuels détournements de l'institution matrimoniale, vise désormais au premier chef à lutter contre les mariages forcés. Le nouveau texte mentionne très explicitement en effet les articles 146 et 180 du Code civil, en disposant que « L'officier de l'état civil demande à s'entretenir individuellement avec chacun des futurs époux lorsqu'il a des raisons de craindre, au vu des pièces fournies par ceux-ci, des éléments recueillis au cours de leur audition commune ou des éléments circonstanciés extérieurs reçus, dès lors qu'ils ne sont pas anonymes, que le mariage envisagé soit susceptible d'être annulé au titre des mêmes articles 146 ou 180 ».

L'article 63 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 24 août 2021 mentionne désormais explicitement le risque d'atteinte à la liberté matrimoniale et précise explicitement le risque d'annulation au titre des articles 146 et 180 du Code civil, c'est-à-dire la nécessité d'un consentement, en particulier « au vu des éléments circonstanciés extérieurs reçus, dès lors qu'ils ne sont pas anonymes ». On imagine ici une information reçue par l'officier de l'état civil par un opposant au mariage qui révélerait son identité.

32. Circ. CIV/09/10, 22 juin 2010, relative à la lutte contre les mariages simulés ; adde Rép. min. n° 55978 : JOAN, 3 nov. 2009, p. 10455.

Il convient de reconnaître que ces précisions modifient assez peu le système qui existait déjà précédemment, mais que l'on se trouve ici face à une œuvre de précision du dispositif existant. Là encore, d'un point de vue technique, il était possible d'atteindre le même but au moyen des dispositions déjà existantes dans le Code civil. La principale modification n'a donc pas une dimension technique, mais réside sans doute dans l'effet d'affichage d'une politique de lutte contre les mariages forcés. Dans cette perspective, l'officier de l'état civil apparaît clairement comme investi d'une mission spécifique de lutte contre le mariage forcé. La tâche de l'officier de l'état civil est balisée, finalisée et mentionnée en termes très spécifiques, il devient une sorte de « lanceur d'alerte » qui peut – et doit – saisir le parquet afin que ce dernier forme une opposition à mariage (ou pas) dans un délai de 15 jours.

2.1. LE NOTAIRE

Des dispositions de la loi du 24 août 2021 renforcent les obligations d'information et de conseil pesant sur le notaire. L'officier public et ministériel se trouve en effet tenu, aux termes du nouvel article 921 alinéa 2 du Code civil, d'une obligation spéciale d'information portant sur l'action en réduction. Le texte dispose en effet que « lorsque le notaire constate, lors du règlement de la succession, que les droits réservataires d'un héritier sont susceptibles d'être atteints par les libéralités effectuées par le défunt, il informe chaque héritier concerné et connu, individuellement et, le cas échéant, avant tout partage, de son droit de demander la réduction des libéralités qui excèdent la quotité disponible ».

L'action en réduction constitue le moyen technique qui permet à l'héritier réservataire dont les droits seraient atteints par des libéralités excédant la réserve héréditaire de reconstituer cette dernière. Il s'agit autrement dit de réduire les libéralités excessives pour le rétablir dans ses droits. En ce sens, l'action en réduction constitue un moyen d'éviter l'exhérédation de certains héritiers ou, à tout le moins, des distinctions successorales trop caractérisées.

En pratique, les notaires normalement diligents alertent déjà les héritiers réservataires du caractère excessif de certaines libéralités. De même, il leur incombe en principe, étant tenus de garantir l'efficacité des actes qu'ils rédigent, d'attirer l'attention du disposant sur le caractère éventuellement excessif de la libéralité qu'il lui demande de rédiger.

Les travaux préparatoires à la loi du 24 août 2021 laissent entendre que l'obligation de conseil expressément mentionnée désormais à l'article 913

alinéa 2 du Code civil constitue une obligation de moyens et non de résultat. Autrement dit, la loi codifie ici ce que la pratique effectuait déjà, en se fondant, sur le fond, sur le droit des libéralités et, en ce qui concerne le rôle de rédacteur d'acte de l'officier public et ministériel, en appliquant les règles et principes classiques du droit de la responsabilité du rédacteur. Un auteur³³ a pu considérer à juste titre que la loi rappelle ici des évidences. Pour autant, le choix du notaire n'est pas anodin quand il s'agit d'afficher un but politique qui est l'exaltation du mécanisme de la réserve. Statutairement, le notaire est en effet un officier public et ministériel. D'ailleurs, d'autres professionnels qui peuvent avoir à planifier certaines successions internationales – comme des cabinets d'avocats spécialisés en patrimoine familial; voire des services de banque-assurances – ne sont pas concernés par le texte. Des critiques ont pu être adressées par certains commentateurs contre cette différence de traitement³⁴. Elle s'explique sans doute par la dimension symbolique et non technique de la loi mise en place, dès lors que le notaire n'est pas un professionnel comme un autre, mais qu'il remplit une mission de service public. À l'instar de l'officier de l'état civil, le choix a donc été fait, non sans imperfections techniques il est vrai, de s'appuyer sur ces rédacteurs d'actes authentiques (l'acte notarié, l'acte d'état civil) pour mettre en évidence les principes considérés comme essentiels par l'ordre juridique.

Une difficulté subsiste cependant, le nouveau texte mentionnant les « droits réservataires d'un héritier », alors que les dispositions relatives au droit de prélèvement, qui concernent aussi la réserve héréditaire, se limitaient quant à elles aux enfants. Le devoir d'information et de conseil doit s'exercer à destination des héritiers réservataires au sens large, ce qui comprend aussi le conjoint survivant.

La principale incidence concerne la mise en œuvre concrète du nouveau dispositif, puisque le notaire ne pourra pas se contenter, y compris en présence d'une véritable concorde familiale, d'indiquer l'existence des actions respectives, telles que l'action en retranchement ou en réduction, mais il devra mentionner très précisément ce qui est recueilli, ce qui pourrait l'être avec ou sans l'action en réduction. Il devrait être amené à rédiger un double état liquidatif qui comporte l'hypothèse d'une action en réduction et qui ne la comporte pas.

33. A. TANI, « Action en réduction et devoir notarial renforcé : la loi doit-elle énoncer des évidences ? », *Dr. famille* 2021, comm. 17.

34. V. H. FULCHIRON et S. FERRÉ-ANDRÉ, art. cit., spéc. n° 29 et s.

Une diligence suffisante du rédacteur d'acte permettait déjà de faire connaître à l'héritier l'existence de l'action et de l'inciter à l'introduire ou non. Aussi, les nouvelles obligations du notaire mises en place par la loi du 24 août 2021 expriment sans doute, non sans quelques maladresses techniques et au prix d'un alourdissement de l'intervention de l'officier public, la volonté de mettre en avant l'existence de la réserve héréditaire, comme une sorte de marqueur des valeurs fondamentales du droit français. Il s'agit en définitive de bien rappeler que la République française considère comme un principe essentiel le fait de ne pas exhériter ses enfants et, certainement pas, ses filles. Une nouvelle fois, la dimension symbolique a manifestement pris le pas sur l'opportunité pratique et l'exactitude technique.

La loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 présente au moins le mérite, en dépit de ces scories techniques, de mettre l'accent sur ces mécanismes clefs de la liquidation d'une succession. En ceci elle constitue peut-être en elle-même un texte qui pour Tocqueville avait une importance capitale, lorsqu'il notait que les lois sur les successions « devraient être placées en tête de toutes les institutions politiques, car elles influencent incroyablement sur l'état social des peuples, dont les lois politiques ne sont que l'expression³⁵ ».

35. A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, Paris, Pagnerre, 1848, p. 74-75.

La loi du 24 août 2021 et le droit des personnes : un texte pavé de bonnes intentions...

Aurélien RISSEL

Université de Rennes 1, Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE)

RÉSUMÉ

Plusieurs mesures adoptées à l'occasion de la loi du 24 août 2021 intéressent le droit des personnes et touchent à des sujets sensibles tels que la virginité, l'excision, les mariages forcés, la polygamie ou encore l'égalité successorale. À première vue, ces mesures ne peuvent qu'emporter l'adhésion et ne semblent guère discutables dans leur principe. Toutefois, une analyse méthodique de chacune d'elles donne à l'observateur un sentiment beaucoup plus mitigé. C'est que la valeur symbolique d'un texte n'est malheureusement pas le gage de sa qualité technique.

ABSTRACT

Several measures entrenched in the law of 24 August 2021 pertain to law of persons and relate to sensitive issues such as virginity, excision, forced marriages, polygamy and equal inheritance. At first glance, these measures are likely to be approved and do not seem questionable in principle. However, a methodical analysis of each of them gives the observer a much more mixed feeling. Unfortunately, the symbolic value of a text is not a guarantee of its technical quality.

La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, comme son intitulé le laisse supposer, présente le très ambitieux projet de déterminer les règles qui doivent en quelque sorte être envisagées comme constituant le socle minimal d'exigences de la vie en société, à tout le moins dans une société moderne, démocratique et laïque telle que la nôtre. La dynamique n'est pas à cet égard sans rappeler celle des juges strasbourgeois qui, pour valider la prohibition de la dissimulation du visage dans tout espace accessible au public posée par la loi française du 11 octobre 2010, s'étaient référés à un ordre public d'un nouveau genre, dit « immatériel », en recourant à la notion de « vivre ensemble », notion qui suggérerait la reconnaissance d'un ensemble de normes à ce point essentielles qu'elles devraient être considérées, d'une certaine manière, comme inhérentes à toute forme de vie en société démocratique¹.

Devant de telles ambitions, il était inévitable que la loi comporte, un « grand nombre de mesures, d'objet divers, intervenant dans des domaines très variés » pour reprendre les termes mêmes du Conseil d'État² ; une figure législative de plus en plus répandue depuis quelques années, que les uns envisageront comme des lois « fonctionnelles », car tournées vers un objectif déterminé, tandis que d'autres les envisageront comme des lois « patchwork » au mieux, « fourre-tout » au pire. En tout état de cause, comme on pouvait s'y attendre au regard des enjeux annoncés, la loi consacre un chapitre entier à la question du droit des personnes, au sein duquel l'on retrouve de nombreuses mesures d'importance variable, que nous nous proposons d'analyser dans la présente étude. Si ce n'est qu'elles se rattachent toutes au droit des personnes³, et qu'elles ont été notamment élaborées dans le souci d'assurer une égalité entre les femmes et les hommes⁴, force est de constater qu'il ne se dégage de ces différentes mesures aucune logique d'ensemble. Ces mesures se caractérisent en effet par une très grande hétérogénéité, non seulement dans les domaines envisagés, mais également dans leur contenu technique et leur portée symbolique ; ceci tant et si bien que nous n'avons pas eu d'autre choix, dans le cadre de cet article, que de les envisager séparément. On y

1. CEDH, Gr. ch., 1^{er} juill. 2014, n° 43835/11, *S. A. S. c. France* : *AJDA* 2014, p. 1348. Rapp. J. COUARD, « Les valeurs familiales de la République à l'aune de la loi du 24 août 2021 », *Dr. famille* 2021, étude 19.

2. CE, avis, 3 déc. 2020, n° 401549, projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République, spéc. § 5.

3. Ceci encore qu'un certain nombre de mesures touchent davantage au droit pénal, par ex. l'aggravation du délit d'incitation à l'excision, au droit social, par ex. la question du droit à pension de réversion, ou encore au droit des successions et des libéralités, par ex. le droit au prélèvement compensatoire.

4. Ce qui apparaît expressément dans l'intitulé du chapitre en question.

retrouve ainsi tour à tour une interdiction des certificats de virginité (1), des mesures de sensibilisation aux pratiques d'excision (2), des mesures relatives aux conditions formelles du mariage destinées à prévenir les mariages forcés ou simulés (3), des mesures destinées à atténuer les effets de la polygamie (4) ou encore des mesures relevant du droit des successions destinées à garantir une certaine égalité entre les héritiers (5).

À première vue, toutes ces mesures ne semblent que pouvoir faire l'unanimité : qui aujourd'hui pour défendre les exigences de virginité, pour soutenir l'excision, la polygamie, les mariages forcés, etc. ? La loi étudiée, dont l'objectif est de lutter contre ces différents phénomènes réputés procéder d'un certain séparatisme, ne peut sous cet angle que susciter l'approbation. Pourtant, comme nous allons le voir, l'étude approfondie des différents dispositifs prévus par la loi n'est pas sans soulever de nombreuses questions.

1. LA LUTTE CONTRE LES CERTIFICATS DE VIRGINITÉ

Envisagée comme l'une de ses mesures les plus emblématiques, et l'une des plus consensuelles également, la loi pose l'interdiction, pour le professionnel de santé, d'établir un certificat de virginité, c'est-à-dire d'attester des qualités du fait que la personne n'a jamais eu de relations sexuelles antérieures. La mesure vise à combattre une pratique qui semblait progressivement se développer, consistant pour une femme – le cas échéant à la demande pressante de son entourage – à établir la preuve de sa virginité, et à solliciter pour cela l'intervention d'un médecin, afin de démontrer en particulier qu'elle présente bien toutes les qualités requises pour pouvoir se marier conformément à certaines exigences religieuses⁵. Sans même discuter de son bien-fondé théologique⁶, ni même de la crédibilité technique de l'investigation⁷, une telle pratique est donc désormais clairement condamnée⁸.

5. Et spécialement la religion musulmane puisque c'est – sans que la loi l'indique clairement par ailleurs, contrairement aux débats parlementaires – précisément celle-là, dans ses affirmations les plus rigoureuses, qui est combattue au non d'un séparatisme auquel elle contribuerait.

6. Car dans l'Islam, il s'agirait surtout d'une préférence, et non à proprement parler d'une exigence ; ceci tant et si bien que la religion catholique pourrait finalement paraître à cet égard bien plus exigeante.

7. Un tel diagnostic semblant en effet présenter un certain aléa. V. not. CNOGF, *bull.* n° 13, sept. 2007.

8. Et ce y compris même si celle-ci est le fait d'une personne ne présentant pas la qualité d'un professionnel de santé, puisque c'est au fond l'acte lui-même qui est condamné, ainsi que plus largement toute personne qui userait de pressions, contraintes ou autres subterfuges pour convaincre la femme de s'y soumettre. V. C. pén., art. 225-4-11 et 225-4-12 tels qu'issus de cette loi.

Il est vrai qu'en toute rigueur, à supposer même que ce certificat soit médicalement exact⁹, une telle interdiction résultait déjà du droit antérieur¹⁰. En effet, pour réaliser un acte sur le corps d'autrui de manière licite, il est impératif de réunir cumulativement ces deux conditions que sont le consentement libre et éclairé de la personne d'une part et la finalité médicale de l'acte d'autre part¹¹. Or à supposer même que la personne concernée soit réellement consentante, la seconde condition n'est évidemment pas remplie, car il n'y a à l'évidence aucun intérêt médical à la réalisation d'un tel acte, lequel constitue par conséquent et nécessairement une atteinte illégitime à l'intégrité physique de la personne.

Néanmoins, de telles attestations se multipliant dans la pratique¹², et certains professionnels de santé communiquant même très librement sur le fait qu'ils procédaient à de tels actes¹³, il était probablement utile d'énoncer clairement l'interdiction dans la loi. Par ailleurs, quand bien même les juges – en particulier de cassation – auraient-ils fini par reconnaître le caractère illicite de cet acte, la loi apporte indiscutablement certains éléments techniques nouveaux, ne serait-ce qu'en la sanction pénale attachée à la réalisation de cet acte¹⁴.

En réalité, ce qui est réellement combattu par ce dispositif, chacun l'aura compris, ce n'est pas tant l'acte médical d'investigation en lui-même – que les juges peuvent encore autoriser dans un cadre médico-légal¹⁵ et que nombre de gynécologues obstétriciens pratiquent légitimement chaque jour – que la délivrance d'un certificat qui attesterait de la virginité, et donc indirectement l'usage qui pourrait en être fait. Ce qui est combattu, c'est donc au fond

9. Car en tout état de cause, les certificats de complaisance, c'est-à-dire réalisés en contrariété avec la réalité ou sans vérification de celle-ci, étaient déjà en eux-mêmes condamnés. V. CSP, art. R. 4127-28. La qualification de faux ne pourrait au demeurant être totalement exclue (C. pén., art. 441-7).

10. Ceci quoiqu'il ait été indiqué, lors des débats parlementaires ainsi que dans l'avis du Conseil d'État précité, que la pratique ne faisait jusqu'alors « l'objet d'aucune interdiction en droit positif ».

11. C. civ., art. 16-3.

12. Selon les travaux parlementaires, 29 % des médecins ont indiqué avoir déjà été sollicités pour ce faire.

13. V. not. sur ce point Y. KNIBIEHLER, *La virginité féminine : mythes, fantasmes, émancipation*, Paris, O. Jacob, 2012.

14. C. pén., art. 225-4-11 et 225-4-12. La peine prévue étant de un an d'emprisonnement et 15000 euros d'amende, portés à 30000 euros lorsque la personne est mineure.

15. Ainsi que la commission des lois du Sénat l'a rappelé lors des débats parlementaires, la finalité de l'acte n'étant pas à proprement parler d'établir la virginité de la femme, mais bien d'établir ou non la survenance d'une agression sexuelle.

cette idée qu'on puisse recourir à un tel acte intrusif à des fins personnelles ou familiales, et en particulier que la virginité d'une femme puisse servir de critère pour son mariage à venir, ou le cas échéant justifier la nullité du mariage déjà célébré pour erreur sur cette prétendue qualité essentielle¹⁶. Cela n'est d'ailleurs pas sans rappeler une célèbre affaire qui avait il y a quelques années défrayé la chronique, dans laquelle un mari de confession musulmane avait obtenu d'un tribunal le prononcé de la nullité de son mariage en raison de son erreur sur la virginité de son épouse, avant que les juges d'appel ne l'invalident¹⁷.

Sous cet angle, l'interdiction se montre alors sous un jour nouveau, et appelle plusieurs observations. D'abord, une telle démarche s'inscrit quelque peu en porte à faux avec un mouvement général que l'on pourrait qualifier de « privatisation » du droit de la famille, et spécialement du droit du mariage, qui se dessine depuis plusieurs années¹⁸. En effet, la place accordée aux époux, à la volonté individuelle de ces derniers, semblait progressivement gagner du terrain ; l'instauration du « divorce sans juge » par la loi dite « J21 » en étant une parfaite illustration¹⁹. Avec ce souhait de combattre de telles exigences individuelles dans le cadre du mariage, le législateur renoue en quelque sorte avec une dimension sociétale ou institutionnelle du mariage.

Ensuite, l'invalidation implicite de ce critère de virginité dans le cadre du mariage pousse à s'interroger sur la persistance d'autres critères qui ont pu jusqu'alors être retenus par la jurisprudence comme cause de nullité, bien qu'ils semblent inspirés de pareilles considérations personnelles, d'ordre éthique, moral ou religieux. Ainsi par exemple, que penser des décisions admettant l'erreur sur la possibilité d'un mariage religieux²⁰, sur la possibilité de

16. Cet objectif est d'ailleurs très explicitement mis en exergue par la commission des lois.

17. En réalité, c'est là une présentation quelque peu tronquée de la solution, car le mari n'avait pas en soi fondé sa demande sur cette erreur qu'il aurait commise sur la virginité de son épouse que sur celle qu'il aurait commise sur l'honnêteté de son épouse, cette dernière lui ayant dissimulé son absence de virginité. Il n'en demeure pas moins que les juges d'appel ont invalidé la solution, estimant en substance que l'honnêteté ne peut être érigée en qualité essentielle que pour autant qu'elle porte sur une qualité essentielle, ce qui ne saurait être le cas de la virginité de l'épouse. V. TGI Lille, 1^{er} avr. 2008 : *D.* 2008, p. 1389, note P. LABBÉE ; *D.* 2008, Pan., p. 1788, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *JCP G* 2008, II, 10122, note G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP G* 2008, act. 439 ; *RTD civ.* 2008, p. 455, obs. J. HAUSER ; *RJPF* 2008, 7-8/10, chron. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ. – CA Douai, 17 nov. 2008 : *JCP G* 2008, act. 707 ; *JCP G* 2009, II, 10005, note Ph. MALAURIE.

18. V. not. S. FULLI-LEMAIRE, « La privatisation du droit de la famille en France. Perspectives comparatives », *RIDC* 2016, p. 405.

19. L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle. C. civ., art. 229-1 et s.

20. CA Aix-en-Provence, 15 nov. 2005 : *Dr. famille* 2006, comm. 80, V. LARRIBAU-TERNEYRE.

consommation du mariage²¹, sur les facultés procréatives de l'époux²², sur le passé ecclésiastique de l'époux²³, ou encore sur l'état de divorcé de l'époux, l'épouse le croyant à tort veuf ou célibataire²⁴? À cet égard, de deux choses l'une: soit l'on reconnaît dans cette qualité essentielle de l'erreur un critère relevant des exigences d'un mariage pleinement républicain et laïque, et il conviendra dans ce cas de renoncer à l'ensemble de ces critères en tant qu'ils ne constituent pas des qualités essentielles au regard d'un tel mariage; soit l'on se contente d'un simple critère subjectif, c'est-à-dire du simple fait que l'erreur constatée ait été effectivement déterminante du consentement, et il ne devrait dans ce cas être portée aucune appréciation sur le critère en question, dès lors que cette preuve est effectivement rapportée. Et dans ce dernier cas, la virginité, à l'instar de ces autres considérations et plus largement de tout autre critère subjectivement essentiel dans la décision de se marier, fût-ce par exemple une simple sensibilité musicale, pourrait être alors retenue, pour peu qu'il soit démontré qu'elle ait été effectivement déterminante du consentement²⁵.

Enfin, au regard notamment de ce qui vient d'être dit, s'il s'agissait effectivement de combattre ce critère de la virginité en tant qu'il ne saurait, dans une société démocratique et laïque comme la nôtre, être érigé en critère essentiel dans le cadre du mariage, alors peut-être eut-il été plus simple et judicieux de le prévoir directement et explicitement. Car à la réflexion, si ce n'est tout au plus par son esprit, force est de reconnaître que par sa lettre la loi n'interdit en rien de le reconnaître comme erreur source de nullité du mariage, à l'instar de ce qu'avaient décidé les juges lillois en 2008. L'article 180 du Code civil demeure inchangé, et son application largement soumise au pouvoir interprétatif du juge. Le dispositif étudié n'aurait en somme fait que rendre la preuve de cette absence de virginité plus délicate, en rendant impossible la délivrance d'un certificat de virginité. Toutefois, s'agissant d'un fait juridique, sa démonstration pourrait tout à fait résulter de tout autre mode de preuve, par exemple l'aveu, ou le serment judiciaire.

Ainsi en définitive, on pourrait estimer que la loi manque son objectif: s'agissant d'interdire le certificat de virginité en raison de sa réalisation à des

21. Étant entendu qu'une telle exigence est directement héritée de la *copula carnalis* du droit canon. V. sur ce point J.-M. BRUGUIÈRE, « Le devoir conjugal », *D.* 2000, p. 10.

22. Spécialement depuis le développement des techniques d'assistance médicale à la procréation permettant d'y remédier.

23. T. civ. Bordeaux, 9 juin 1924: *Gaz. Pal.* 1924, II, 201.

24. V. en partic. Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1997: *Dr. famille* 1998, n° 35; *RTD civ.* 1998, p. 659, obs. J. HAUSER. – CA Paris, 17 déc. 1998: *Dr. famille* 1999, n° 121, obs. H. LÉCUYER. – CA Angers, 5 déc. 1994: *JurisData* n° 055583.

25. V. en ce sens P. LABBÉE, « La mariée n'était pas vierge », *D.* 2008, p. 1389.

fins personnelles ou familiales, l'interdiction existait d'ores et déjà, puisque tout acte pratiqué sur le corps d'une personne nécessite pour être légitime non seulement le consentement préalable de cette dernière, mais également la démonstration de sa finalité médicale. S'agissant d'interdire de se servir de la virginité comme critère de validité d'un mariage, objectif sous-jacent clairement affiché à l'occasion des débats parlementaires, rien ne l'interdit en revanche expressément en l'état du droit positif, et tout continue en définitive de reposer sur la jurisprudence, le texte ne faisant au fond que retirer un moyen de preuve permettant d'établir l'absence de virginité, rien de plus.

Par ailleurs, ayant ainsi abordé cette question par le prisme de l'acte médical lui-même, et non de sa finalité, le législateur a peut-être sans le vouloir mis fin à des usages distincts, et relativement méconnus semble-t-il, de tels certificats de virginité. En effet, une étude attentive de la pratique judiciaire démontre que les magistrats admettaient jusqu'alors la production de tels certificats médicaux à titre de preuve du défaut de consommation d'un mariage, dans la perspective de démontrer une faute de l'époux dans le cadre d'un divorce²⁶, ou encore de l'utiliser comme moyen de preuve permettant d'écarter une accusation d'adultère à l'encontre du mari²⁷. Plus usuellement encore²⁸, et sans que l'on s'en émeuve particulièrement²⁹, ces certificats étaient fréquemment invoqués au soutien de la démonstration d'une absence d'intention matrimoniale, et par suite de l'existence d'un mariage blanc, ou plus exactement « gris »³⁰. Le certificat de virginité, réalisé par un médecin

26. V. par ex. CA Aix-en-Provence, 20 févr. 2007, n° 05/22444 ; CA Montpellier, 20 févr. 2008, n° 07/05493 ; CA Paris, 9 avr. 2008, n° 07/11341 ; CA Amiens, 1^{er} juin 2011, n° 10/03535. V. encore, cette fois au soutien d'une demande de réparation du préjudice subi, CA Colmar, 19 juin 2013, n° 12/02010.

27. Pour la production d'un tel certificat par la supposée maîtresse du mari, aux fins de contredire l'accusation d'adultère, V. CA Nouméa, 7 févr. 2008, n° 06/445. L'adultère sera néanmoins retenu en l'espèce, ainsi que celui de son épouse d'ailleurs, justifiant un divorce aux torts partagés.

28. Et la pratique tendait à se généraliser. V. P. LABBÉE, « La mariée n'était pas vierge », art. cit., p. 1389.

29. V. J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes : aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993. Dans sa thèse, l'auteur fait valoir, en substance, qu'il n'y a alors pas d'atteinte à la dignité ou à l'intimité de la femme, dès lors que celle-ci peut exiger qu'il soit pratiqué par une autre femme, ajoutant que l'examen de l'hymen, s'il n'est pas obligatoire, reste néanmoins conseillé pour la femme, car à défaut elle prendrait le risque d'agacer le tribunal et de perdre le procès, ne serait-ce que parce qu'elle est tenue de porter son concours aux mesures d'instruction.

30. Les espèces sont nombreuses. V. par ex. CA Paris, 27 mai 2010, n° 09/10064, les juges, se fondant notamment sur plusieurs certificats de virginité portés à leur connaissance par l'épouse, reconnaissent le défaut d'intention matrimoniale et prononcent la nullité du mariage en question. V. également, dans le même sens, CA Paris, 23 oct. 2008,

préalablement sollicité par l'épouse à cette fin, permettait ainsi à cette dernière d'obtenir des tribunaux la nullité de son mariage, contracté par son mari à des seules fins administratives, donc de remettre le cas échéant en cause un acte emblématique de ce que l'on pourrait considérer comme une atteinte aux valeurs de la République³¹ ! Or la réalisation d'un certificat à de telles fins est désormais indubitablement remise en cause par le texte étudié. En effet, l'interdiction posée étant générale, indifférente à sa finalité, sa réalisation même par le professionnel de santé en dehors d'un cadre médico-légal s'en trouve *ipso facto* condamnée, quel que soit par ailleurs l'usage qui pourrait en être fait par l'intéressée ou par son entourage.

2. LA LUTTE CONTRE LES MUTILATIONS SEXUELLES FÉMININES

Dans le prolongement de cette interdiction des certificats de virginité, la loi a quelque peu ajouté au dispositif en matière de mutilation sexuelle, visant spécifiquement l'hypothèse de l'excision³². L'essentiel du dispositif de lutte contre ce type d'acte étant d'ores et déjà établi, le texte n'a tout au plus procédé qu'à certains ajustements techniques ou certaines précisions sans grande envergure. Ainsi, il a d'une part aggravé les peines encourues en cas d'incitation ou de contrainte exercée sur une personne mineure afin qu'elle se soumette à de tels actes³³, et d'autre part ajouté à la mission de sensibilisation par les enseignants des élèves des écoles, collèges et lycées sur les violences sexistes et sexuelles, en y adjoignant spécifiquement la question des « mutilations sexuelles féminines³⁴ ».

n° 0622212 ; CA Lyon, 28 mars 2011, n° 09/04855 ; 7 juill. 2009, n° 09/04855 ; CA Montpellier, 16 janv. 2007, n° 06/2804 ; CA Versailles, 9 avr. 2015, n° 14/02774 ; 22 oct. 2009, n° 08/07334 ; 19 janv. 2006, n° 05/02265. V. également, admettant le principe même d'un tel certificat en tant que preuve, quoique refusant sur le fond d'en déduire une absence de consommation du mariage ou l'existence d'un mariage blanc : CA Aix-en-Provence, 25 oct. 2016, n° 15/12616 ; 6 mai 2009, n° 08/04627 ; CA Rennes, 7 déc. 2015, n° 15/01279 ; CA Paris, 12 nov. 2019, n° 18/14621 ; CA Douai, 26 avr. 2010, n° 08/03761. V. encore, retenant cette fois une nullité pour erreur sur les qualités essentielles en ce que l'épouse s'était ainsi trompée sur les intentions matrimoniales de son mari, ce certificat étant par ailleurs parfois remis par le médecin expert lui-même : CA Dijon, 5 sept. 2000, n° 98/02368 ; CA Paris, 8 oct. 2009, n° 08/13269.

31. La lutte contre ces types de mariages étant d'ailleurs également envisagée dans la présente loi, comme nous le verrons par la suite.
32. Un amendement ayant été proposé en ce sens, et finalement adopté malgré l'avis défavorable de la commission des lois.
33. La peine passant de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende à sept ans d'emprisonnement et 10 000 euros d'amende (C. pén., art. 227-24-1).
34. C. éduc., art. L. 121-1 et L. 312-16.

S'agissant du contenu de ce dispositif en lui-même, il y a au fond peu de choses à dire, si ce n'est tout au plus que l'on peut d'ores et déjà douter de l'impact pratique de telles précisions. En effet, s'agissant de la première mesure, il a été observé qu'en tout état de cause les peines se faisaient en réalité très souvent clémentes en matière de mutilation sexuelle, l'aggravation du plafond de celles-ci présentant de ce fait peu d'intérêt, celui-ci n'étant déjà, pour ainsi dire, jamais atteint³⁵. Quant à la seconde mesure, nul doute que parmi les violences sexistes ou sexuelles déjà envisagées de manière générique par le texte figurait la question des mutilations sexuelles féminines, celles-ci constituant même l'archétype de telles violences.

En réalité, c'est surtout pour ce qu'il n'envisage pas que le texte mérite quelques observations, car c'est indubitablement à cet égard un texte qui brille... par ses zones d'ombre. En effet, pas un mot n'est dit relativement à la question de la circoncision. Pire, en concentrant explicitement son action sur l'excision, par cette précision qu'il est question des « mutilations sexuelles féminines³⁶ », le texte semble volontairement balayer d'un revers de manche cette question, alors que c'est pourtant un point qui méritait largement d'être clarifié. En effet, la question de la licéité de la circoncision rituelle est plus qu'incertaine en droit positif. D'un côté, cet acte, du moins lorsqu'il est pratiqué à des fins exclusivement religieuses, semble en soi illicite puisqu'il ne répond ni à la finalité médicale exigée par l'article 16-3 du Code civil, ni au demeurant à l'exigence d'un consentement libre et éclairé de l'intéressé³⁷. Une partie de la doctrine estime même qu'un tel acte répondrait parfaitement de la qualification pénale de mutilation sexuelle³⁸. D'un autre côté, une étude

35. Même pour l'acte d'excision lui-même, les peines prononcées sont relativement légères en pratique, comparées aux peines théoriquement encourues. Alors qu'en théorie l'excision peut être punie selon le cas de figure de dix à vingt ans de réclusion criminelle (C. pén., art. 222-9 et 222-10), les auteurs ou complices, souvent des parents ou proches de la victime, sont en réalité punis de 1 à 5 ans avec sursis; et ce lorsqu'ils le sont d'ailleurs, car d'après certains observateurs, une majorité ne le serait pas. V. par ex. la très médiatisée affaire « *Mariatou* » : C. assises Paris, 15 sept. 1994 : aux termes de cette décision, les parents de la jeune femme excisée sont acquittés, l'exciseuse étant quant à elle condamnée à un an de prison avec sursis. Cette clémence résulterait de la prise en considération de la dimension culturelle ou culturelle de la pratique, les parents ayant surtout l'impression de suivre une norme prescrite par leur religion.

36. Nous soulignons

37. L'acte étant généralement pratiqué sur un enfant particulièrement jeune.

38. V. en ce sens R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.* 2012, p. 2044; P. BOINOT, « Sectes religieuses et droit pénal », *RSC* 1983, spéc. p. 417; J. PENNEAU, obs. sous CA Paris, 12 févr. 1992; *D.* 1993, Somm., p. 27; Ch. CHOAIN, « La Convention franco-algérienne relative aux enfants issus de couples mixtes concerne les seuls enfants légitimes. Refus du droit de visite et d'hébergement à un père algérien pour des motifs graves », *D.* 1995, p. 226. V. également V. FORTIER, « Circoncision/excision : des atteintes

attentive des décisions de justice démontre qu'il s'agit là d'un acte implicitement admis comme licite par les tribunaux³⁹, les juges l'envisageant comme une décision relevant de l'autorité parentale⁴⁰. Il ne fait ainsi aucun doute que cette question avait toute sa place dans un débat portant sur les valeurs de la République et portant spécifiquement sur les pratiques religieuses de certains individus sur le corps de leur enfant. Après tout, si son impact sur la personne est à l'évidence très différent de celui que produit une excision, la circoncision n'est-elle tout de même pas une opération chirurgicale, non dénuée de risques au demeurant⁴¹, réalisée à des fins exclusivement religieuses ou culturelles, portant sur le sexe d'une personne généralement mineure, sans son consentement, et ôtant de manière définitive une partie de celui-ci ? Probablement le législateur craignait-il quelques débats houleux, comme ce fut le cas en Allemagne sur cette question⁴², d'où ce silence⁴³. Il n'en demeure pas moins qu'offrir une réponse claire sur ce point, fût-ce certes une réponse contraire à l'esprit général du texte en l'autorisant expressément

à l'intégrité du corps humain », in V. FORTIER et F. VIALLA (dir.), *La religion dans les établissements de santé*, Bordeaux, Les Études hospitalières, 2013, spéc. p. 240.

39. À certaines rares exceptions. V. en partic. TGI Laval, ord., 16 avr. 2002 : *AJ fam.* 2002, p. 222, qualifiant l'acte de violence sexuelle. V. encore, pour une condamnation moins nette toutefois, CA Lyon, 31 mai 2011, n° 10/00245.
40. Ce qui suppose nécessairement d'en admettre en amont la licéité. Sur cette question, et pour des illustrations jurisprudentielles, V. A. RISSEL, « L'appréhension par le droit français de la dimension religieuse des décisions relatives au corps humain, révélatrice des incertitudes du concept de laïcité à la française », in B. FEUILLET-LIGER et A. RISSEL (dir.), *Corps et religions. Panorama international*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2021, spéc. p. 81 et s.
41. V. par ex., pour un cas de nécrose de la verge sur un nourrisson de quelques jours, CA Paris, 12 févr. 1992 : *D.* 1993, Somm., p. 27, obs J. PENNEAU. V. encore, mais de manière plus indirecte, le décès résultant non pas de la circoncision elle-même mais de l'anesthésie réalisée à cette fin, CE, 3 nov. 1997, n° 153686, *Centre hospitalier Joseph Imbert d'Arles* : *RFDA* 1998, p. 90, concl. V. PÉCRESE ; *AJDA* 1997, p. 959, chron. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD ; *D.* 1998, p. 146, note P. CHRESTIA ; *D.* 1999, p. 45, obs. P. BON et D. DE BÉCHILLON ; *RDSS* 1998, p. 519, note C. CLÉMENT. Sur les différents risques liés à l'acte de circoncision, V. FORTIER, « Circoncision/excision : des atteintes à l'intégrité du corps humain », art. cit., p. 249 et s.
42. F. FURKEL, « Corps et religions en Allemagne : la liberté religieuse en perte de vitesse ? », in B. FEUILLET-LIGER et A. RISSEL (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 34.
43. Ce silence est cependant lui-même douteux, ce qui ajoute au trouble, car il est bien difficile de savoir si le dispositif ne fait effectivement qu'ignorer la question, ou s'il peut être interprété comme offrant une solution très implicite sur ce point. En effet, n'envisageant la sensibilisation des enseignants et élèves que sur la question des mutilations sexuelles féminines, et évinçant de ce fait tacitement la nécessité d'une sensibilisation sur la circoncision, l'on pourrait estimer que le texte laisse entendre qu'une telle opération ne constituerait pas une mutilation sexuelle, voire serait plus largement parfaitement licite. À défaut, l'on pourrait d'ailleurs reprocher au texte de procéder à une discrimination en raison du sexe.

afin de ne pas remettre en cause un acte massivement pratiqué, aurait été particulièrement bienvenu⁴⁴. Dans le même ordre d'idée, il eut été intéressant que le législateur se prononce directement sur la question de l'hyméoplastie, d'autant qu'il posait par ailleurs l'interdiction des certificats de virginité.

3. LA LUTTE CONTRE LES MARIAGES FORCÉS OU SIMULÉS

Dans ce domaine également, le dispositif légal intervient dans un paysage juridique largement préétabli. En effet, des moyens traditionnels de lutte contre ces mariages forcés ou simulés, dont en particulier la sanction de tels mariages par la nullité sur le fondement d'un vice ou d'un défaut de consentement⁴⁵, existaient déjà. Et ils avaient qui plus est progressivement été renforcés par l'adoption d'outils présentant une dimension davantage dissuasive ou préventive, tels que par exemple l'augmentation du délai nécessaire pour l'acquisition de la nationalité française⁴⁶, la création de la possibilité pour le juge d'empêcher une sortie du territoire au moyen d'une ordonnance de protection⁴⁷, ou encore la mise en place d'un entretien préalable avec l'officier d'état civil⁴⁸.

C'est précisément sur ce dernier point que se concentrent les modifications apportées en ce domaine par la loi du 24 août 2021. En effet, le dispositif étudié consiste pour l'essentiel à consolider – ou rigidifier – le rôle de l'officier d'état civil, en rendant cet entretien individuel obligatoire en cas de suspicion d'un mariage forcé ou simulé, ou encore en l'obligeant à saisir le procureur de la République en cas de doute sérieux à cet égard, là où pour l'heure les textes n'envisageaient qu'une simple possibilité, une simple faculté.

44. Ainsi, l'on ne peut s'empêcher de penser au désarroi des enseignants qui, abordant la question des mutilations sexuelles féminines en classe, comme le dispositif les y invite, se trouveront bien démunis face à un enfant qui leur poserait la question de la légalité de la circoncision, les juristes ayant eux-mêmes toutes les peines à dégager une solution fiable.

45. Respectivement fondés sur l'article 180 du Code civil qui prévoit la nullité du mariage en cas de contrainte exercée sur l'un ou les deux époux, y compris par crainte révérencielle, et l'article 146 du Code civil, aux termes duquel il n'y a pas de mariage s'il n'y a point de consentement, article sur lequel on fonde classiquement la décision de sanctionner par la nullité un défaut d'intention matrimoniale, hypothèse qualifiée de mariage simulé ou de complaisance, ou dans le langage courant, de « mariage blanc », ou « gris » lorsque l'un des deux époux seulement connaissait cette finalité étrangère au mariage.

46. C. civ., art. 21-2.

47. C. civ., art. 515-13.

48. C. civ., art. 63.

Une fois encore, il sera permis de douter de l'impact réel de telles mesures, alors que, si l'entretien devient certes obligatoire en cas de suspicion, la décision d'y procéder relève néanmoins toujours de la libre appréciation de l'officier, puisqu'en tout état de cause, selon le texte, il ne fera cette demande d'entretiens individuels avec chacun des époux que s'il a des raisons de craindre, au regard des éléments qu'il constate ou qu'on lui soumet, qu'il s'agisse d'un mariage blanc ou forcé. Tout reste donc, en amont, question d'appréciation personnelle ; ce d'autant que l'officier n'a aucun pouvoir d'investigation à cet égard, et ne peut donc réaliser quelques démarches pour vérifier ses suspicions. En somme, à quoi bon faire de cette faculté d'entretien une obligation à la charge de l'officier d'état civil, si l'élément déclencheur repose en définitive sur sa crainte d'un mariage forcé ou blanc, c'est-à-dire au fond sur un sentiment, que lui seul est par définition à même de connaître ? La réflexion vaut tout autant pour cette faculté, également devenue obligation, de saisir le procureur de la République en cas de suspicion. Là encore, il est probable que la modification n'ait aucun impact en pratique, alors que d'une part, il est fort à penser qu'un officier ayant une telle suspicion se serait déjà fait son devoir d'alerter le procureur dans une telle hypothèse, quoiqu'il n'en ait jusqu'alors que la faculté, et d'autre part, que ces soupçons relèvent toujours d'une appréciation par essence individuelle⁴⁹. En tout état de cause, et à défaut du respect de telles obligations, on observera utilement que les sanctions prévues à l'article 63 du Code civil – de 3 euros à 30 euros⁵⁰ – ne sont pas particulièrement dissuasives ; ceci pour la bonne raison qu'il n'y avait probablement aucunement lieu de dissuader...

Ainsi donc, loin de répondre à ses ambitions emphatiques sur la promotion ou la défense des valeurs de la République, la loi se contente sur cette question de peaufiner, d'ajuster des dispositifs déjà existants, en se cantonnant à des modifications dont on peut raisonnablement se demander, à la suite d'autres auteurs, si elles ne sont pas plus « cosmétiques, plus formelles que réelles⁵¹ ». Les enjeux seraient pourtant immenses, puisque suivant des chiffres avancés à l'occasion des débats parlementaires, près de 70 000 jeunes femmes seraient concernées par des mariages arrangés ou forcés, tandis que le nombre de nullités prononcées par les tribunaux sur ce fondement serait de l'ordre de 15 à 20 par an seulement, et le nombre d'ordonnances prononcées s'élèverait à 7 pour les trois premières années du dispositif depuis

49. V. en ce sens F. JAULT-SESEKE, « La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République », *AJ fam.* 2021, p. 472.

50. Non modifiées par la présente loi.

51. F. JAULT-SESEKE, art. cit. p. 472.

sa mise en place. Tout ceci donne à l'observateur la sensation d'un travail de finition, réalisé sur un dispositif légal présentant pourtant de profondes insuffisances techniques.

Pour finir sur cette question, l'on ne manquera pas de s'interroger sur cette interdiction désormais faite à l'officier d'état civil, dans le cadre de cette obligation de procéder le cas échéant à des entretiens individuels, de se fonder sur des « éléments circonstanciés extérieurs » portés à sa connaissance dès lors que l'auteur de ces informations transmises demeure anonyme⁵². Certes, très objectivement, cette exigence d'identification du « tiers informateur » semble parfaitement justifiée, car à défaut, on pourrait craindre des dénonciations mensongères ou mal attentionnées de la part de personnes qui, pour des raisons qui leur sont propres – et le cas échéant parfaitement illégitimes – souhaiteraient empêcher un mariage ou nuire aux futurs époux sans être elles-mêmes identifiées, et donc sans endosser la responsabilité de leurs actes. Toutefois, dans la pratique, le critère est peut-être plus discutable, car en présence d'un mariage arrangé ou simulé, la situation est par nature opaque, et le poids de la culture, des traditions et des convictions religieuses est souvent immense. L'anonymat de la dénonciation aurait donc pu offrir à celui dénonçant une telle situation un sentiment de protection, l'encourageant à persévérer dans cette voie⁵³. Au regard des chiffres précédemment annoncés de 70 000 femmes concernées par ces types de mariages pour tout au plus 20 nullités prononcées par an, on réalise combien le risque de dénonciation infondée, dans l'hypothèse où toute dénonciation même anonyme serait favorablement accueillie, est inférieur au risque d'absence de dénonciation liée au fait que seules les dénonciations nominatives seraient acceptées. Au demeurant, les enjeux liés à ces risques respectifs ne sont pas comparables : report de la célébration du mariage dans le cas d'une dénonciation infondée, célébration d'un mariage simulé ou forcé dans le cas d'une absence de dénonciation.

Enfin, cette exigence établie, la question se pose du comportement que doit adopter l'officier confronté à de telles indications anonymes portées à sa connaissance. Peut-il alors réellement les ignorer alors que, par exemple, celles-ci viendraient accréditer quelques soupçons relevant jusqu'alors de la simple intuition ? Comment seulement faire fi de telles révélations ? Comment pour lui distinguer entre le sentiment – la « crainte » pour reprendre les critères énoncés dans la loi – qu'il aurait eu si ces informations n'avaient pas été portées à sa connaissance et le sentiment qu'aurait été le sien en l'absence de

52. C. civ., art. 63, lecture *a contrario*.

53. En particulier s'il est un proche ou un membre de la famille.

telles informations ? Ce a fortiori alors que, rappelons-le, il n'est doté d'aucun pouvoir d'investigation, et est sur ce point entièrement tributaire de la bonne volonté extérieure. Et en définitive, comment ne pas anticiper l'inapplication de ce critère, en pratique ? Bref, la précision est éthiquement et politiquement tout à fait défendable, mais techniquement et pratiquement inapplicable.

Au demeurant, avec cette précision, l'on est en droit de se demander si, au fond, le législateur ne retire pas d'une main ce qu'il octroie de l'autre, puisque tout en ajoutant, en aval, quelques outils de contrainte tournés vers une plus grande automaticité de la procédure de lutte contre les mariages simulés ou forcés, il retire en amont une partie des facultés d'appréciation de la situation par l'officier permettant d'engager une telle procédure. L'avancée n'est pas donc flagrante...

4. LA LUTTE CONTRE LES EFFETS DE LA POLYGAMIE

En dépit des apparences, les modifications apportées par cette loi ne contribuent pas à lutter, à proprement parler, contre la polygamie. En effet, le dispositif jusqu'alors en place à cette fin, que ce soit au plan civil, avec en particulier l'interdiction faite aux époux de contracter un second mariage avant la dissolution du premier⁵⁴, ou au plan pénal, avec en particulier le délit de bigamie⁵⁵, demeure inchangé⁵⁶. Il n'est donc absolument pas question avec ce nouveau dispositif de combattre directement ce phénomène, qui perdure non seulement en pratique, mais également dans un certain nombre d'États étrangers qui continuent de l'autoriser, et face auquel le législateur français demeure impuissant, ayant déjà œuvré au maximum des possibilités que lui offrent les règles de droit international privé⁵⁷. Il s'agit simplement de réduire autant que possible ses manifestations ou ses effets en France, d'une part en étendant la réserve de polygamie pour la délivrance de titres de séjour⁵⁸, et d'autre part en réduisant encore les hypothèses déjà résiduelles

54. Un tel mariage encourageant la nullité absolue, la règle étant d'ordre public (C. civ., art. 147).

55. Délit puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (C. pén., art. 433-20).

56. La proposition faite d'augmenter la peine prévue à l'article 433-20 ayant été finalement abandonnée par la commission des lois, conformément à l'avis du Gouvernement.

57. En l'interdisant aux personnes de nationalité française dans les États l'autorisant, ou inversement en interdisant sa célébration devant un officier d'état civil français ou sur le territoire français aux personnes de nationalité étrangère dont la loi personnelle l'autorise.

58. Ceci dans la mesure où il avait été observé que certaines situations échappaient aux réserves jusqu'alors prévues, notamment pour les détenteurs de titres professionnels, ou les étudiants par exemple (CESEDA, art. L. 412-6).

dans lesquelles une pension de réversion pouvait profiter à plusieurs veuves d'un même homme⁵⁹. Sur ce dernier point en effet, depuis cette loi, dans l'hypothèse d'une pluralité de conjoints survivants, la pension de réversion ne peut désormais profiter qu'à la première épouse en date ; ceci sous réserve toutefois, précise l'article, des engagements internationaux de la France, ou encore de l'existence d'un mariage putatif⁶⁰.

À cet égard, on se contentera d'observer que la loi n'envisage que l'hypothèse du décès de l'époux polygame, et d'une demande subséquente de plusieurs de ses épouses à profiter d'une pension de réversion. En revanche, elle ne traite pas de la situation inverse, c'est-à-dire celle de décès successifs de plusieurs épouses d'un mari polygame, et de la possibilité pour ce dernier, dans ces mêmes situations spécifiques envisagées dans la loi, de profiter de plusieurs pensions de réversion à son profit. Si l'hypothèse, pour des raisons sociologiques, se présentera certainement beaucoup plus rarement, il n'en demeure pas moins que, sur le principe, une telle situation n'est absolument pas abordée, ni a fortiori combattue. Il s'ensuit que, à considérer que de telles circonstances puissent effectivement se présenter, on pourrait envisager que l'époux polygame puisse profiter de plusieurs pensions de réversion en cas de prédécès de plusieurs de ses épouses, tandis que les épouses – à l'exception de la première en date – seraient quant à elles réciproquement privées de toute part de pension de réversion en cas de prédécès de leur époux. Une divergence de solutions d'autant plus criante que, pour reprendre les termes utilisés à l'occasion des débats parlementaires, les épouses peuvent parfaitement être appréhendées comme des victimes de la polygamie.

À cet égard, et plus largement, on peut d'ailleurs s'interroger sur l'équité même de la mesure adoptée, qui, présentée sous cet angle, consiste au fond à retirer des droits à une personne déjà privée de l'exercice voire de la jouissance de nombreux droits, patrimoniaux autant que fondamentaux, et en définitive à ôter des droits à une personne en raison d'un acte dont elle est elle-même victime ; probablement même, la première victime.

59. Ainsi en particulier, dans l'hypothèse où le mariage polygame a été valablement célébré à l'étranger, et dans la mesure où une telle répartition de la pension peut techniquement se concevoir (CSS, art. L. 161-23-1).

60. L'épouse de bonne foi, donc celle ayant légitimement ignoré l'existence d'un précédent mariage non dissous, ne pouvant en effet être privée d'un droit sur lequel elle pouvait fonder un espoir légitime ; ceci étant précisé que, conformément aux règles de droit commun en la matière, cette bonne foi est présumée.

5. LA LUTTE CONTRE L'INÉGALITÉ SUCCESSORALE

La loi étudiée crée également au profit des descendants du *de cuius* un droit de prélèvement compensatoire leur permettant, lorsque la loi étrangère par hypothèse applicable à la succession ne prévoit aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, d'être satisfaits sur les biens du défunt situés en France au jour du décès, dans la limite de leurs droits réservataires prévus par la loi française.

Ce dispositif vise à assurer une égalité minimale entre les enfants, et en particulier à atténuer les discriminations résultant de l'application de certains droits étrangers, et spécifiquement certains systèmes juridiques musulmans⁶¹, lesquels obligent ou incitent à distinguer notamment selon la religion ou le sexe des enfants pour déterminer les droits de ces derniers dans la succession. Au regard de cet objectif, il a pu être à juste titre observé que les juges et notaires français pouvaient d'ores et déjà écarter l'application de telles règles discriminatoires au nom de l'ordre public international, tant et si bien que ledit dispositif était superfétatoire⁶². Pour autant, c'est oublier qu'une répartition inégale discriminatoire peut certes résulter de la loi elle-même, notamment dans le cadre d'une dévolution *ab intestat*, mais aussi de la volonté du *de cuius* lui-même, auquel cas le constat de sa motivation discriminatoire restera particulièrement délicat à démontrer, s'agissant d'un comportement généralement clandestin⁶³. Une règle fondée sur des critères objectifs, indifférents à la démonstration d'un tel comportement, pouvait donc de ce point de vue paraître appropriée.

Il n'en reste pas moins que cette règle peut susciter l'étonnement quant au moyen technique utilisé, et la circonspection quant à son effectivité.

En effet, s'agissant du procédé d'abord, la loi érige le droit au prélèvement – et dans son sillage la réserve héréditaire, puisque le prélèvement se fait à l'aune de cette dernière – en règle d'ordre public international⁶⁴. Une telle

61. Tels que le droit iranien ou le droit pakistanais par exemple, ces systèmes juridiques ayant été spécifiquement mentionnés dans les débats.

62. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour laquelle la commission des lois l'avait écarté.

63. V. en ce sens M. Gréaume, indiquant au soutien de la restauration du dispositif après le souhait de la commission des lois de le retirer, que « l'on connaît rarement l'intention d'un légataire » et que « le testateur habile sait taire ou travestir la cause de sa préférence coupable » : Ass. nat., compte rendu intégral de la séance du 2 avr. 2021.

64. V. en ce sens, par déduction, N. LAURENT-BONNE, « Le nouveau droit de prélèvement compensatoire dans les successions internationales : quand la fin ne justifie pas les moyens », *AJ fam.* 2021, p. 548. V. également N. JOUBERT, « Droit de prélèvement, réserve héréditaire,

démarche ne manque pas d'étonner, alors que l'ordre public successoral connaît dans son ensemble un net repli depuis de nombreuses années⁶⁵, et que d'aucuns commencent même à douter du fait que la réserve héréditaire constitue encore une règle impérative⁶⁶. En effet, l'institution n'a cessé de perdre de sa vigueur au fil du temps⁶⁷, les entorses à celle-ci se multipliant, avec en particulier, depuis la réforme de 2006, cette possibilité pour les héritiers réservataires de renoncer par anticipation à leur action en réduction⁶⁸. Une règle d'ordre public à portée de main de la volonté des particuliers... nous ne sommes plus très loin de l'oxymore semble-t-il. D'ailleurs, tirant en quelque sorte les conclusions d'une telle évolution, moyennant un raisonnement pour ainsi dire *a fortiori*, la Cour de cassation avait pu affirmer que la réserve héréditaire ne pouvait être appréhendée comme une règle d'ordre public international⁶⁹. C'est pourtant cette voie de la réserve héréditaire et de l'ordre public international qu'emprunte le législateur dans cette loi, quitte à donner ainsi à l'observateur la sensation d'opérer un virage à 180 degrés⁷⁰,

protection des héritiers contre les discriminations, quelle méthode ? », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 322.

65. L'interdiction des pactes sur succession future, second grand principe de cet ordre public, étant également progressivement remise en cause, au point que certains auteurs l'ont qualifiée de « bouteille vide avec une belle étiquette » : B. BEIGNIER, *Libéralités et successions*, Paris, Montchrestien, 2012, n° 5, p. 12.
66. Certains s'interrogent encore sur sa compatibilité avec les règles de droit européen. V. not. N. JOUBERT, art. cit., p. 322 et N. LAURENT-BONNE, art. cit., p. 548. Le Conseil d'État semble toutefois estimer que ces règles sont respectées par la présente loi (CE, avis, 3 déc. 2020, précit.)
67. Avec une exception toutefois, à savoir son extension au conjoint survivant en 2001 ; mais ceci probablement moins pour étendre le principe de la réserve que pour revaloriser la place du conjoint.
68. S'il fait ce même constat, un récent rapport met néanmoins en évidence que cette suppression ne serait pas pour autant le gage d'une plus grande liberté pour le *de cuius* ou disposant, et pourrait de surcroît venir contrarier la volonté générale, plusieurs éléments laissant à penser que les citoyens français sont particulièrement attachés à cette institution : C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER (dir.), *Rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire*, DACS, 13 déc. 2019.
69. Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17198 et n° 1613151. Plus précisément, les juges avaient estimé que la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international et ne peut être écartée que si son application concrète au cas d'espèce conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels, ne mentionnant dans l'arrêt à ce titre que l'hypothèse dans laquelle les héritiers privés de leur réserve seraient dans un état de besoin ou de précarité économique, ce qui en l'espèce n'était pas le cas.
70. Ce qui est d'ailleurs réellement le cas pour les décisions précitées de 2017, qui sont implicitement mais nécessairement remises en cause par ce dispositif puisque l'ordre public ici défendu vise la restauration d'une égalité entre les héritiers, là où l'ordre public conféré à la réserve héréditaire par les arrêts précités se réduisait à sa dimension alimentaire.

voire d'adopter une règle quasi anachronique; ce d'autant que cela se fait par le biais d'un droit de prélèvement, c'est-à-dire d'un droit déjà envisagé dans une loi remontant à 1819, et qui avait été condamné par le Conseil constitutionnel en 2011 en raison de la différence de traitement que le dispositif alors en place opérait⁷¹.

S'agissant de son effectivité, il est fort à craindre que ce dispositif ne sera que rarement mis en œuvre en pratique, du moins dans les hypothèses spécifiquement visées par ses promoteurs. En effet, tout d'abord, ses conditions d'application sont très particulières, car il faut tout à la fois que le défunt ou l'un des enfants soit ressortissant de l'Union européenne ou y réside habituellement, que la loi applicable à la succession soit une loi étrangère, que des biens du défunt se trouvent en France à l'ouverture de la succession, et que l'on puisse établir que celle-ci ne prévoit pas de mécanisme similaire à celui de la réserve héréditaire. Sur ces différents éléments, on se contentera d'observer que seuls le défunt et les enfants sont visés en qualité de ressortissants ou résidents habituels, à l'exclusion donc des héritiers et ayants cause des enfants, lesquels sont pourtant titulaires de ce même droit de prélèvement d'après ce même dispositif. On notera également qu'est exclue du bénéfice de ce droit l'épouse, laquelle est pourtant en droit français réservataire à défaut d'enfants ou de descendants⁷². Quant au critère de l'existence d'un système équivalent, il a été souligné que nombre de systèmes étrangers de droit musulman connaissent des systèmes comparables à la réserve héréditaire, dont en particulier la règle dite de *tafadol*; ceci tant et si bien que le dispositif pourrait en définitive trouver à s'appliquer principalement dans des hypothèses où ce sont des lois anglo-saxonnes qui régiront les successions, les systèmes de *common law* ne connaissant pas la réserve héréditaire; ce que d'aucuns ont déduit que la loi avait, une fois de plus, manqué sa cible⁷³.

71. Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC. Les conditions d'application de ce droit de prélèvement sont cependant parfaitement distinctes ici, et une condamnation sur le même fondement n'est absolument pas encourue.

72. Il y aurait là probablement beaucoup à redire, alors que le texte visait principalement à réduire les inégalités femmes-hommes, et alors qu'à l'occasion des débats parlementaires M. Gréaume avait souligné, au soutien de cette mesure, que dans 43 pays, les fils et les filles n'avaient pas les mêmes droits de succession, et dans 44 pays, les conjoints survivants n'avaient pas les mêmes droits pour hériter de leur époux décédé. Au demeurant, on observera que l'épouse n'est pas exclue des personnes destinataires de l'information due par le notaire sur les risques d'atteinte à la réserve, prévue désormais à l'article 921 du Code civil.

73. V. not. F. JAULT-SESEKE, art. cit. p. 472 et N. JOUBERT, art. cit., p. 322, qui souligne que la réserve d'application tirée de l'existence d'un « mécanisme réservataire protecteur des enfants » est trop restrictive pour permettre d'exclure l'application du droit de prélèvement

Par ailleurs, quand bien même ces différentes conditions seraient réunies, on observera que le présent dispositif ne sera pas toujours efficace, loin s'en faut, pour mettre fin à un traitement inégal de l'homme et de la femme par application de règles du droit musulman. Prenons l'hypothèse simple dans laquelle le *de cuius* aurait un fils et une fille. Par application des règles de dévolution *ab intestat* de la loi étrangère faisant application du droit islamique en matière de successions, voire par décision du *de cuius* souhaitant spontanément se conformer aux prescriptions de la charia, alors il serait en pareil cas attribué un tiers de la succession à la fille, les deux tiers restants étant attribués au fils. En effet, le Coran prévoit explicitement qu'un homme doit recevoir la part de deux femmes⁷⁴. Quoiqu'il y ait dans cette hypothèse une inégalité de traitement flagrante fondée sur le sexe des personnes en cause, la présente règle ne serait toutefois d'aucun secours, puisque la part accordée au fils correspond ni plus ni moins, en droit français, à sa part de réserve individuelle augmentée de la quotité disponible, dont le *de cuius* peut disposer librement par donation ou testament⁷⁵. Elle ne touche aucunement à la part de réserve individuelle de la sœur, laquelle constitue le plafond au-delà duquel le droit de prélèvement ne peut opérer. En revanche, une telle solution pourrait parfaitement être écartée au nom de l'ordre public international en ce qu'elle constitue une discrimination liée au sexe ; à condition bien entendu de mettre en évidence cette volonté discriminatoire du *de cuius* le cas échéant⁷⁶.

Enfin, se pose la question d'une éventuelle renonciation au droit de prélèvement, le cas échéant de manière anticipée. Quoique cette hypothèse de la renonciation ait été très subrepticement évoquée à l'occasion des débats parlementaires⁷⁷, le texte reste parfaitement silencieux sur ce point. Un tel silence pourrait être interprété, s'agissant d'une règle d'ordre public international, comme posant une interdiction de renoncer à ce droit. Malgré

aux successions soumises au droit anglo-saxon. À noter que, alertée sur ce point par la commission des lois, M. Schiappa avait, au soutien du maintien de ce droit de prélèvement, invoqué le fait que, si ces systèmes ne connaissaient pas le mécanisme, alors il convenait de le leur appliquer également. Une leçon sur les valeurs de la République adressée aux États anglo-saxons ?

74. Coran, sourate IV, verset 11.

75. Notons qu'il en irait de même si le *de cuius* avait un fils et deux filles, puisque la moitié par hypothèse dévolue au fils (les filles recevant un quart chacune) n'excéderait pas davantage la quotité disponible.

76. V. par ex. en ce sens CA Paris, 8 avr. 2015, n° 14/06658.

77. S'agissant au demeurant seulement de la réserve héréditaire, et non du droit de prélèvement.

cela, il ne fait selon nous aucun doute qu'une telle renonciation peut être envisagée, sinon directement, par le biais d'une renonciation au droit au prélèvement lui-même⁷⁸, du moins indirectement, par le biais d'une renonciation à la réserve héréditaire, ce qui aurait pour effet de supprimer l'assiette du droit de prélèvement, le rendant mécaniquement sans objet⁷⁹. Il est vrai que la renonciation prévue en droit français porte précisément sur l'action en réduction, et non sur la réserve elle-même, ce dont on pourrait déduire en toute rigueur que le droit de prélèvement pourrait continuer à opérer en dépit d'une telle renonciation, la réserve héréditaire étant en soi intacte. Toutefois, cette position semble difficilement tenable car en ce cas la loi française se ferait paradoxalement plus exigeante à l'égard des successions régies par les droits étrangers qu'à l'égard des successions qu'elle régit elle-même⁸⁰. Et dans ce cas, si une telle renonciation devait effectivement être admise, comment alors ne pas craindre que, dans les quelques hypothèses déjà résiduelles dans lesquelles ce droit de prélèvement pourrait trouver à s'appliquer, les bénéficiaires – c'est-à-dire concrètement les filles du *de cujus* – y renoncent effectivement, ceci afin de préserver la paix au sein de leur famille, de se conformer aux usages culturels ou cultuels qui sont les leurs, ou ne serait-ce qu'afin de respecter les volontés de leurs parents⁸¹ ?

78. Encore qu'un raisonnement *a fortiori* devrait aboutir à la reconnaissance de cette possibilité : la renonciation à la réserve elle-même étant possible, à plus forte raison une renonciation au droit au prélèvement, qui s'apparente à une modalité particulière d'application de celle-ci, devrait être admise.

79. Rappelons en effet que ce droit de prélèvement ne peut se faire qu'à hauteur de la réserve héréditaire.

80. Ce droit de prélèvement se présentant comme une modalité particulière d'application *a minima* de la réserve héréditaire, pour une succession soumise à la loi étrangère, au nom de l'ordre public international français.

81. Un tel danger avait déjà pu faire hésiter le législateur français quant à l'opportunité de consacrer cette renonciation anticipée ; à plus forte raison ce danger existe-t-il pour l'exercice de ce droit, au regard des circonstances dans lesquelles il est amené à intervenir. Il n'est peut-être pas inutile d'observer que le Coran prévoit explicitement que « les maris sont d'un degré supérieur à leurs femmes » (sourate II, verset 228), que les « hommes sont supérieurs aux femmes », indiquant encore que « celles dont vous aurez à craindre l'insubordination, vous les réprimanderez, vous les reléguerez dans des lits à part, vous les battrez » (sourate IV, verset 34), de nombreux hadiths confirmant par ailleurs ces affirmations. V. sur cette question du statut juridique de la femme en droit musulman, A. CARBONNEIL, « Capacité juridique de la femme et lien matrimonial dans le droit musulman malékite », *RJOI* 2003, spéc. p. 193 et s.

PROPOS CONCLUSIFS

À l'issue de cette étude, il apparaît que, quoique d'une très grande variété, les différentes mesures adoptées à l'occasion de la loi du 24 août 2021 en matière de droit des personnes méritent des observations semblables et présentent les mêmes écueils: des mesures en apparence à forte valeur ajoutée symbolique, un droit positif toutefois déjà largement préétabli et suffisant, des mesures conséquemment résiduelles ou ponctuelles qui contrastent avec l'ambition de la loi et, bien souvent, des « angles morts » liés au caractère restreint des mesures, voire des « effets collatéraux » inattendus, le cas échéant sources de difficultés.

La similarité des « symptômes » présentés par ces différents dispositifs invite l'observateur à se demander si ceux-ci ne souffrent pas au fond du même mal: n'y a-t-il pas dans cette manière de légiférer un problème de méthode? Une loi peut-elle ainsi avoir pour objectif principal de diffuser ou défendre des principes, serait-ce ceux de la République? Ces valeurs n'imprègnent-elles pas déjà, par définition, le droit positif? Il est un fait qu'aucune de ces mesures n'aurait été adoptée si cette démarche législative particulière n'avait pas été entreprise, ceci tout simplement car considérées isolément, dans chacun des domaines concernés, elles ne s'imposaient nullement. La présente loi les a édictées non pour leur utilité intrinsèque, mais pour leur portée symbolique; ceci quitte à forcer le trait non seulement desdits dispositifs, mais également des principes de la République eux-mêmes. Le texte était indubitablement pavé de bonnes intentions, mais le chemin emprunté laisse perplexe.

Le droit à l'instruction dans la loi confortant le respect des principes de la République : hors de l'École républicaine, point de salut ?

Anne FORNEROD

Université de Strasbourg / CNRS, Droit, Religion, Entreprise et Société (DRES)

RÉSUMÉ

L'École publique joue traditionnellement un rôle central dans la transmission des valeurs républicaines, avec lesquelles le séparatisme religieux entre en contradiction. Aussi n'est-il pas surprenant que dans la lutte contre ce séparatisme qu'elle entend mener la loi du 24 août 2021 vise les institutions éducatives qui se caractérisent par une importante liberté pédagogique et sont donc susceptibles de ne pas poursuivre pleinement un tel objectif. La loi procède en conséquence à une marginalisation de l'instruction en famille et un durcissement du régime des établissements privés hors contrat.

ABSTRACT

The public school traditionally plays a central role in the transmission of republican values, with which religious separatism is in contradiction. It is therefore not surprising that in the fight against religious separatism that it intends to carry out, the law of 24 August 2021 targets educational institutions that are characterized by a high degree of pedagogical freedom and therefore likely not to fully pursue such an objective. The result is the marginalization of home schooling and a hardening of the regime of private schools without a contract with the State.

Par son ambition initialement définie – et durablement inscrite comme telle dans les esprits – de lutter contre les séparatismes, la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République (LCRPR) se situe, près de vingt ans plus tard, dans le prolongement des travaux de la commission Stasi¹, traversés par la préoccupation du communautarisme. De même que le communautarisme devait alors être combattu comme source de l'échec de l'intégration sociale – des personnes de religion ou de culture musulmane – aujourd'hui, ce à quoi il faut « s'attaquer, c'est le séparatisme islamiste² ». Alors que les travaux de la commission Stasi reflétaient la mission large qui lui avait été confiée de se pencher sur la question globale de l'application du principe de laïcité dans la République, ils sont demeurés connus avant tout pour avoir constitué l'antichambre de la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

Or, à cette inspiration commune de la problématique pérenne de l'intégration sociale s'est ajouté, particulièrement à partir de 2015, l'enjeu de la lutte contre le terrorisme et la radicalisation, cette dernière ayant donné lieu à des politiques de prévention le plus en amont possible. Ce qui suppose d'« attaquer la racine, le terreau sur lequel prospère le terrorisme islamiste et ses vocations mortifères [...]». Professeurs, fonctionnaires, médecins, bénévoles associatifs sont unis partout dans les lieux les plus sensibles de la République pour prévenir, détecter, agir contre la radicalisation³. Si l'École publique est donc mobilisée, la « société de vigilance » s'étend à l'ensemble des lieux d'éducation, au-delà du « cadre scolaire laïque de plus en plus sanctuarisé⁴ ». L'École publique, « porteuse de la promesse républicaine » et de ses principes, peut s'appuyer sur « la loi du 15 mars 2004 par laquelle le législateur, en interdisant aux élèves de porter des signes manifestant

1. COMMISSION DE RÉFLEXION SUR L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LAÏCITÉ DANS LA RÉPUBLIQUE, *Rapport au président de la République*, 11 déc. 2003.

2. E. MACRON, Discours du président de la République sur la lutte contre les séparatismes, tenu aux Mureaux le 2 oct. 2020 : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/10/02/la-republique-en-actes-discours-du-president-de-la-republique-sur-le-theme-de-la-lutte-contre-les-separatismes> [consulté le 18 janv. 2022].

3. E. MACRON, Discours prononcé lors de la cérémonie nationale d'hommage aux victimes de l'attaque du 3 octobre 2019 à la Préfecture de police de Paris : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/10/07/ceremonie-nationale-dhommage-aux-victimes-de-lattaquedu-3-octobre-2019-a-la-prefecture-de-police-de-paris> [consulté le 18 janv. 2022].

4. Cl. DONNET, « Les signalements pour “risque de radicalisation” dans les établissements scolaires en France, nouvel outil de régulation de l'islam », *Déviance et Société*, n° 3, 2020, p. 420.

ostensiblement leur appartenance religieuse, a entendu protéger ceux-ci de tout prosélytisme dans l'enceinte de l'École⁵ ». Toutefois, la remise en question de ces principes républicains aurait « de plus en plus pour objet de contourner l'institution scolaire, conduisant à des manifestations de séparatismes sociologiques ou religieux contraires aux valeurs de notre République⁶ », expliquant l'intérêt porté par la loi du 24 août 2021 à des structures et lieux qui participent de la mise en œuvre du droit à l'instruction : les écoles privées hors contrat et l'instruction en famille. Mû par la « perméabilité à l'embrigadement » dont les mineurs « peuvent être les cibles⁷ », le gouvernement a considéré que « l'instruction en famille et les établissements privés hors contrat peuvent faire l'objet d'un encadrement plus strict qui permettrait d'améliorer leur contrôle par les pouvoirs publics. La jeunesse, qui formera la société de demain, ne peut pas être laissée à la marge de la République ». La mobilisation du discours sur « la vocation émancipatrice et civique de l'École », permettant « à ses enfants de devenir des citoyens libres et éclairés, capables d'exercer cette souveraineté populaire qui fait notre fierté⁸ » est symptomatique d'une appropriation durable par la droite du registre laïque appartenant historiquement aux partis de gauche, mais qui, « à la faveur d'une réflexion sur l'intégration de l'Islam dans la République, elle-même activée par les tragédies des années 2000-2010 », considère la laïcité « de plus en plus comme un régime substantiel, noué autour d'un ensemble de valeurs lourdes » et qui donne lieu à « la mise en place de contrôles inédits destinés à protéger la culture partagée de la société »⁹.

À travers « quatorze volumineux articles relatifs à l'éducation (art. 49 à 62)¹⁰ », la loi du 24 août 2021 ajoute au renforcement des contrôles tant de l'instruction en famille que des établissements scolaires hors contrat intervenu ces dernières années. Concernant la première, elle disparaît en tant que pilier, même symbolique d'un point de vue numérique, de la liberté de l'enseignement pour devenir une exception, soumise à autorisation, à l'obligation

5. Étude d'impact, projet de loi confortant le respect des principes de la République, 8 déc. 2020.

6. *Ibid.*, p. 25.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*, p. 26.

9. Ph. PORTIER, « Situation de la laïcité française », *Cah. just.* 2018, p. 399-413.

10. N. SILD, « L'éducation », *RFDA* 2021, *Dossier sur la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République*, p. 845. L'auteur précise que « de façon transversale, d'autres articles (tel l'art. 12 sur les associations) apportent également des modifications substantielles du droit applicable aux établissements d'enseignement privés ».

de scolarisation¹¹ (1). Quant aux établissements privés hors contrat (2), comme le précisait l'étude d'impact, les mesures renforçant leur contrôle se situent « dans le prolongement de la loi Gatel du 13 avril 2018¹² ». Dans les deux cas, divers éléments invitent à s'interroger sur la logique à l'œuvre. L'absence de difficultés majeures, tant du point de vue de l'instruction en famille que des écoles hors contrat¹³, conduit à considérer ces modifications moins comme un développement d'un projet relatif à l'éducation, que comme une déclinaison, dans ce domaine, d'une politique globale d'encadrement du fait religieux visant hier les mouvements considérés comme « sectaires » et aujourd'hui concentrée sur le culte musulman, comme un élément du puzzle aux multiples pièces que constitue la loi du 24 août 2021.

1. LA MARGINALISATION DE L'INSTRUCTION EN FAMILLE

1.1. LE PASSAGE À UN RÉGIME D'AUTORISATION DE L'INSTRUCTION EN FAMILLE

Les modifications apportées par la LCRPR au régime de l'instruction en famille empruntent deux directions complémentaires. Non seulement cette instruction devient une exception au principe de la scolarisation dans un établissement d'enseignement – public ou privé – du fait de sa soumission à une autorisation, mais celle-ci ne sera désormais accordée qu'à certaines conditions qui pourraient s'avérer particulièrement limitatives.

Auparavant, l'article L. 131-2 du Code de l'éducation offrait une alternative pour la mise en œuvre de l'instruction obligatoire dans la mesure où elle pouvait « être donnée soit dans les établissements ou écoles publics ou privés, soit dans les familles par les parents, ou l'un d'entre eux, ou toute personne de leur choix ». Désormais, et plus précisément à compter de la rentrée scolaire 2022, « l'instruction obligatoire est donnée dans les établissements ou écoles publics ou privés. Elle peut également, par dérogation, être dispensée dans la famille, par les parents, par l'un d'entre eux ou par toute personne de leur choix, sur autorisation délivrée dans les conditions fixées à l'article L. 131-5 ». Par cette modification, la LCRPR entraîne un basculement, faisant de la scolarisation le principe et de l'instruction en famille l'exception, alors

11. Selon Nicolas Sild, art. cit., « s'agissant de l'instruction en famille, il n'est pas exagéré de dire que le texte réalise un changement de régime complet, puisqu'elle est désormais soumise à autorisation préalable en lieu et place d'un régime déclaratif. Or, juridiquement, cela équivaut à une interdiction de principe, assortie de dérogations ».

12. Étude d'impact, précit., p. 26.

13. N. SILD, art. cit.

que celle-ci constituait jusqu'à présent une modalité de l'obligation d'instruction. Le Conseil d'État avait clairement affirmé, encore récemment, que « le principe de la liberté de l'enseignement, qui figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, implique la possibilité de créer des établissements d'enseignement, y compris hors de tout contrat conclu avec l'État, tout comme le droit pour les parents de choisir, pour leurs enfants, des méthodes éducatives alternatives à celles proposées par le système scolaire public, y compris l'instruction au sein de la famille¹⁴ ». Pour autant, la protection offerte au droit des familles d'instruire leurs enfants à domicile par le principe constitutionnel de la liberté de l'enseignement¹⁵ est devenue fragile du fait d'une déconsidération durable et d'une consécration « seulement » législative de ce choix éducatif (C. éduc., art. L. 131-2)¹⁶.

Au regard de cette dépréciation, que le droit français traduit par une inclination « à confondre instruction obligatoire et obligation scolaire¹⁷ », la décision du Conseil constitutionnel de ne pas faire de « l'instruction en famille une composante du principe fondamental reconnu par les lois de la République de la liberté de l'enseignement » (§ 72) ne surprend guère. L'instruction en famille fait partie des rares – au regard du nombre de sujets traités – dispositions de la loi du 24 août 2021 dont le Conseil constitutionnel a été saisi préalablement à la promulgation du texte¹⁸. Les parlementaires auteurs de la saisine arguaient de la méconnaissance par le projet de loi du « principe fondamental reconnu par les lois de la République de liberté de l'enseignement, dont l'instruction en famille serait une composante depuis sa reconnaissance par la loi du 28 mars 1882 », dans la mesure où le projet de loi soumet « désormais la possibilité d'instruction en famille à un régime d'autorisation préalable en lieu et place d'un régime de simple déclaration ». Ce grief a été écarté par le Conseil constitutionnel qui a estimé que l'article 4 de la loi du 28 mars 1882 – qui donnait le choix entre la scolarisation et l'instruction en famille – « n'a fait de l'instruction en famille qu'une modalité de mise en œuvre de l'instruction obligatoire. Il n'a ainsi pas fait de l'instruction en famille une composante du principe fondamental reconnu par les lois de la République de la liberté de l'enseignement » (§ 72). Ce faisant,

14. CE, 19 juill. 2017, n° 406150.

15. Cons. const., 23 nov. 1977, n° 77-87 DC, *Liberté de l'enseignement*.

16. V. A. DESRAMEAUX, « L'instruction à domicile : une survivance sous surveillance », *AJDA* 2009, p. 135.

17. *Ibid.*, p. 138.

18. Cons. const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, *Loi confortant le respect des principes de la République*.

les juges de la rue de Montpensier relaient cet état d'esprit qui interprète ce qui relève de l'exercice de la liberté d'enseignement à travers le choix de ne pas scolariser ses enfants dans un établissement d'enseignement – public ou privé – comme une marque de « défiance croissante de la part de certains parents » à l'égard des enseignements et du fonctionnement de l'école de la République. Défiance qui ne serait pas « uniquement pédagogique » mais « également idéologique », le « rejet des contenus d'instruction » s'accompagnant alors « d'un rejet des valeurs¹⁹ ».

Cette réduction du champ d'application de la liberté de l'enseignement s'accompagne d'un encadrement strict des motifs d'autorisation de l'instruction à domicile. Cette autorisation peut être accordée pour quatre motifs « sans que puissent être invoquées d'autres raisons que l'intérêt supérieur de l'enfant » (C. éduc., art. L. 131-5). Ces motifs sont :

« 1° L'état de santé de l'enfant ou son handicap ; 2° La pratique d'activités sportives ou artistiques intensives ; 3° L'itinérance de la famille en France ou l'éloignement géographique de tout établissement scolaire public ; 4° L'existence d'une situation propre à l'enfant motivant le projet éducatif, sous réserve que les personnes qui en sont responsables justifient de la capacité de la ou des personnes chargées d'instruire l'enfant à assurer l'instruction en famille dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans ce cas, la demande d'autorisation comporte une présentation écrite du projet éducatif, l'engagement d'assurer cette instruction majoritairement en langue française ainsi que les pièces justifiant de la capacité à assurer l'instruction en famille. »

Les trois premiers motifs n'appellent pas particulièrement de remarques dans la mesure où ils se réfèrent à des situations objectives. En revanche, le quatrième motif de dérogation à l'obligation de scolarisation « pose une condition particulièrement restrictive qui n'est corrélée à aucune donnée factuelle tout à fait probante²⁰ ». Ce projet éducatif est doublement verrouillé, par la condition applicable à l'ensemble des dérogations qu'est l'intérêt supérieur de l'enfant d'une part et par « l'existence d'une situation propre à l'enfant » d'autre part. Il s'agit en réalité de la formulation atténuée de l'interdiction expressément posée au départ par le projet gouvernemental²¹ de faire reposer ou d'inclure dans le projet éducatif des convictions politiques, religieuses ou philosophiques.

19. Rapport de la commission d'enquête du Sénat sur la radicalisation islamiste, n° 595, 7 juill. 2020, p. 131 et s.

20. N. SILD, art. cit.

21. V. Étude d'impact, précit., p. 208.

1.2. EXCLURE LES CONVICTIONS RELIGIEUSES ET PHILOSOPHIQUES DE L’INSTRUCTION EN FAMILLE

D’après l’étude d’impact de la loi, l’instruction en famille serait l’expression d’un « repli d’ordre communautaire ou sectaire²² » et sa croissance, en elle-même, traduirait « une forme de séparatisme social – que son ressort soit philosophique, religieux ou sociologique²³ ». Des inspections auraient en outre « permis de détecter l’existence d’écoles de fait, ouvertes à l’initiative de familles préférant éviter de scolariser leurs enfants dès l’âge de trois ans ou permettre à ces derniers de suivre un enseignement à caractère confessionnel plus marqué voire exclusif d’autres enseignements fondamentaux, empêchant leurs enfants d’acquérir à l’âge de seize ans les connaissances du socle commun de connaissances, de compétences et de culture prévu à l’article L. 122-1-1 du code de l’éducation ». En inaugurant la vingtaine de pages consacrées à l’instruction en famille par l’interdiction de fonder le projet éducatif sur « les convictions politiques, philosophiques ou religieuses de la famille²⁴ », l’étude d’impact affichait clairement l’intention du gouvernement de considérer la question de l’instruction à domicile sous l’angle confessionnel. Les chiffres disponibles permettent pourtant de conclure à l’évidente disproportion des nouvelles mesures²⁵. L’instruction à domicile motivée par les convictions religieuses constitue en effet un phénomène

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*, p. 212.

24. L’idée n’est pas totalement neuve : V. par ex. M. HUYETTE, « Les sectes et l’enfermement des mineurs », *D.* 2007, p. 682 : « Finalement, la question doit être posée de l’opportunité de modifier notre législation scolaire, et plus précisément, tout en conservant la possibilité d’une instruction en famille, d’imposer dorénavant aux parents qui ne souhaitent pas scolariser leur enfant dans une école de *demande l’autorisation de l’instruire à domicile* [nous soulignons], à charge pour les responsables de l’éducation nationale de chercher les véritables motivations de cette demande, et de refuser leur autorisation quand la demande n’est motivée que par la volonté des parents de faire obstacle aux contacts de leur enfant avec le monde extérieur à la secte. »

25. Sont à cet égard symptomatiques les difficultés rencontrées par certaines associations pour obtenir les études ministérielles supposées révéler une dégradation récente de la situation et donc justifier une modification des textes. L’Union nationale pour l’instruction et l’épanouissement (UNIE) avait d’ailleurs introduit un référé mesures utiles devant le TA de Paris en juin 2021 afin d’obtenir la communication de deux enquêtes de la direction générale de l’enseignement scolaire (DGESCO) relative à l’instruction dans la famille : <https://droit-instruction.org/wp-content/uploads/2021/06/Requette-introductive-dinstance-vF.pdf> [consulté le 18 janvier 2022]. V. aussi l’avis du Conseil d’État : « l’étude d’impact devrait être complétée pour les mesures [relatives à] l’instruction à domicile, en ce qui concerne les carences reprochées à cette instruction, et la clarification et la hiérarchisation des objectifs du Gouvernement » : CE, avis, 3 déc. 2020, n° 401549, p. 1.

dérisoire, ce choix d'instruire en famille demeurant lui-même très marginal en dépit de l'augmentation du nombre d'enfants concernés²⁶.

La suppression d'une interdiction aussi explicite est intervenue par amendement dès l'examen du texte en commission à l'Assemblée nationale²⁷, apparemment guidée par de possibles problèmes ultérieurs de conventionnalité que soulèverait une telle interdiction. Selon l'exposé des motifs de l'amendement, il s'agit en effet « également de garantir la conformité avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont l'article 2 du protocole additionnel n° 1 précise que “nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques”²⁸ ».

L'impression que donne la loi de prendre « un marteau pour écraser une mouche²⁹ » s'explique au moins en partie par le fait qu'elle vient à la suite de plusieurs initiatives législatives en la matière, toutes orientées vers davantage de contrôles et de contraintes imposés à l'instruction en famille, marquées par la question de la lutte contre les dérives sectaires et l'influence de certains nouveaux mouvements religieux sur les mineurs. Si, comme le montrent les travaux parlementaires, les préoccupations à l'égard des dérives sectaires sont loin d'avoir disparu³⁰, s'y ajoutent aujourd'hui celles relatives à la prévention de la radicalisation, dans la mesure où l'instruction en famille serait devenue « un terrain d'élection pour les dérives séparatistes³¹ ».

26. Selon les chiffres issus d'une « Enquête sur l'instruction dans la famille, année scolaire 2018-2019 », menée par la DGESCO en décembre 2016, le choix de l'instruction à domicile pour des motifs religieux concerne 0,7 % des cas d'enfants instruits en dehors d'une inscription réglementée au CNED, ceux-ci représentant un peu plus de la moitié du nombre total d'enfants instruits en famille.

27. Cette modification résulte d'un amendement (CS1840) de la rapporteure du texte devant l'Assemblée nationale Anne Brugnera qui proposait de substituer aux mots « les convictions politiques, philosophiques ou religieuses des personnes qui sont responsables » les mots : « d'autres raisons que l'intérêt supérieur de l'enfant » : Rapp. AN, n° 3797, t. II, 25 janv. 2021, p. 482.

28. Sur ce point, l'avis du Conseil d'État est moins tranché. Il précise qu'au regard de « la diversité des pratiques des États parties à la convention, la Cour n'exclut pas la possibilité pour eux de prévoir une obligation de scolarisation » et que « si la réforme prévue par le Gouvernement ne paraît pas rencontrer d'obstacle conventionnel, elle soulève de délicates questions de conformité à la Constitution » : CE, avis, 3 déc. 2020, précit., p. 60-61.

29. Intervention du député Jean-Louis Bricout, Ass. nat., compte rendu intégral de la séance du 11 février 2021.

30. V. Rapp. AN, n° 3797, t. I, 25 janv. 2021, p. 205 et s.

31. N. SILD, art. cit.

Ainsi la doctrine s'accorde-t-elle à considérer que la loi n° 98-1165 du 18 décembre 1998 tendant à renforcer le contrôle de l'obligation scolaire « a eu principalement pour objet de lutter contre les dérives sectaires » et protéger les enfants « contre toute éducation sectaire³² ». Cette loi, qui aurait d'ailleurs été inspirée par une affaire concernant la scolarisation d'un enfant dans une secte indienne³³, imposait un régime de déclaration préalable annuelle pour les parents souhaitant faire donner l'instruction à leur enfant en famille (C. éduc., art. L. 131-5). Par la suite, la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance avait introduit des « dispositions diverses destinées à améliorer la lutte contre les maltraitances dont l'enfant peut être victime, particulièrement en le protégeant contre la pornographie et l'emprise des mouvements sectaires³⁴ » et avait ainsi limité aux enfants d'une seule famille la possibilité de donner l'instruction à domicile (C. éduc., art. L. 131-10). Cette loi avait été précédée d'un rapport parlementaire relatif « à l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs » qui proposait déjà d'aménager le Code de l'éducation en ce sens³⁵. Enfin, la loi n° 2019-791 pour une école de la confiance du 26 juillet 2019 et le décret n° 2019-823 du 2 août 2019 relatif au contrôle de l'instruction dispensée dans la famille ou dans les établissements d'enseignement privés hors contrat et aux sanctions des manquements aux obligations relatives au contrôle de l'inscription ou de l'assiduité dans les établissements d'enseignement privés prévoient la possibilité pour l'inspection d'académie d'effectuer des contrôles inopinés aux fins de vérifier, essentiellement, que l'instruction est dispensée au même domicile pour les enfants d'une seule famille et que l'enseignement assuré

32. A. DESRAMEAUX, art. cit., p. 136. V. aussi dans ce sens L. CYTERMANN, « Contrôle des établissements d'enseignement privés. Les pouvoirs d'appréciation de l'autorité académique confortés », *AJDA* 2021, p. 2221.

33. Note sous Cass. crim., 17 oct. 2001, n° 01-82.591 : *AJ Famille* 2002, p. 27.

34. A. GOUTTENOIRE, « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance », *D.* 2007, p. 1090.

35. Rapport au nom de la commission d'enquête relative à l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs, Ass. nat., n° 3507, 12 déc. 2006, p. 165 : le « code de l'éducation doit être aménagé dans quatre directions : – les motivations des parents doivent être clairement énoncées : maladie, handicap, déplacements ou tout autre raison réelle et sérieuse à apprécier par l'inspecteur d'académie ; – l'instruction en famille ne saurait dépasser le cadre de deux familles, conformément à l'esprit de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, il y a un siècle ; – le contrôle annuel sur les modalités de l'instruction à domicile doit s'effectuer en la seule présence des enfants et des fonctionnaires habilités. Il intervient sans préjudice du contrôle médical annuel évoqué plus haut ; – l'enseignement à domicile devrait être articulé avec l'enseignement à distance. »

est conforme au droit de l'enfant à l'instruction tel que défini à l'article L. 131-1-1 du Code de l'éducation.

Au regard de ce durcissement progressif, la marge d'action du projet gouvernemental en 2020 était réduite et c'est sans doute ce qui l'avait conduit à poser clairement une interdiction de justifier le recours à l'instruction en famille pour des raisons religieuses. En dépit du retrait de cette interdiction, il reste qu'en reliant exclusivement à l'intérêt supérieur de l'enfant les raisons qui peuvent être invoquées pour demander une autorisation d'instruction à domicile, et au regard de la suspicion jetée sur la dimension confessionnelle de cette question depuis plusieurs années, l'on peut raisonnablement douter qu'une telle demande sera accueillie et penser qu'il deviendra difficile sinon impossible pour les parents d'invoquer ce motif. D'autant que le Conseil constitutionnel avait écarté le grief selon lequel ces dispositions « méconnaissent la liberté d'opinion et la liberté de conscience » en ne prévoyant pas qu'une telle demande d'autorisation préalable « puisse être motivée par des convictions politiques, religieuses ou philosophiques³⁶ ».

Est aussi visé par la loi du 24 août 2021 l'autre domaine se tenant à l'écart de l'École de la République, les établissements d'enseignement privés hors contrat.

2. LES ÉTABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT PRIVÉS HORS CONTRAT SOUS CONTRAINTE

2.1. UN DURCISSEMENT DU RÉGIME DES ÉTABLISSEMENTS SCOLAIRES HORS CONTRAT

La lutte contre le séparatisme et la prévention de la radicalisation n'apparaissent qu'en arrière-plan dans le projet gouvernemental qui mettait en avant la volonté de garantir le respect du droit à l'instruction des enfants³⁷. Il n'en reste pas moins que la loi du 24 août 2021 ajoute aux contraintes pesant sur l'enseignement hors contrat qui, certes, « contribue à la diversité des choix éducatifs disponibles », mais peut « également être un support de radicalisation, d'endoctrinement ou de dérives sectaires³⁸ ».

36. Cons. const., 13 août 2021, précit., cons. 67.

37. V. Étude d'impact, précit., p. 25. Pourtant, la protection de l'ordre public et la protection de l'enfance et de la jeunesse représentent à peine le tiers des motifs invoqués dans les 27 oppositions formulées pour l'année 2019-2020 : Rapp. AN, n° 3797, précit., t. I, p. 218.

38. Rapp. AN, n° 3797, précit., t. II, p. 215.

En vertu de l'article L. 441-1 du Code de l'éducation, « toute personne respectant les conditions de capacité et de nationalité fixées aux 1^o et 2^o du I de l'article L. 914-3 peut ouvrir un établissement d'enseignement scolaire privé à condition d'en déclarer son intention à l'autorité compétente de l'État en matière d'éducation, qui transmet la déclaration au maire de la commune dans laquelle l'établissement est situé, au représentant de l'État dans le département et au procureur de la République ». Le rectorat, le maire de la commune, le préfet et le procureur peuvent former opposition à l'ouverture dans un délai de trois mois. La loi n^o 2018-266 du 13 avril 2018 visant à simplifier et mieux encadrer le régime d'ouverture et de contrôle des établissements privés hors contrat dite loi Gatel avait mis l'accent sur les conditions d'ouverture de ces établissements. En effet, « sans aller jusqu'à créer un régime d'autorisation », la loi avait « considérablement développé les motifs d'opposition à l'ouverture d'un établissement³⁹ ». Alors que l'opposition à l'ouverture ne pouvait jusque-là être fondée que sur des motifs liés à « l'intérêt des bonnes mœurs ou de l'hygiène », la loi Gatel a prévu « quatre motifs (intérêt de l'ordre public ou de la protection de l'enfance et de la jeunesse; non-respect des conditions légales s'agissant de la personne ouvrant l'établissement et du directeur de l'établissement; projet d'établissement montrant que celui-ci n'a pas le caractère d'un établissement scolaire ou technique)⁴⁰. » La loi du 24 août 2021 ajoute un motif d'opposition à l'ouverture: désormais, le préfet « peut également former opposition à une telle ouverture afin de prévenir toute forme d'ingérence étrangère ou de protéger les intérêts fondamentaux de la Nation ».

La principale nouveauté de la loi du 24 août 2021 concerne la procédure de fermeture de ces établissements: elle substitue à une décision du juge judiciaire une intervention administrative afin d'accélérer un processus jugé trop lent (C. éduc., art. L. 441-3-1)⁴¹. Une telle fermeture peut être prononcée lorsque les formalités de déclaration de l'ouverture n'ont pas été

39. L. CYTERMANN, art. cit. p. 2221. Succédant à une proposition de loi en ce sens (Ass. nat., n^o 3704, 2016), la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté avait été censurée sur ce point par le Conseil constitutionnel (26 janv. 2017, n^o 2016-745 DC). Celui-ci a en effet considéré qu'« eu égard à l'atteinte susceptible d'être portée à la liberté de l'enseignement par la mise en place d'un régime d'autorisation administrative, en confiant au Gouvernement, sans autre indication, le soin de préciser "les motifs pour lesquels les autorités compétentes peuvent refuser d'autoriser l'ouverture" de tels établissements, le législateur a insuffisamment précisé les finalités des mesures susceptibles d'être prises par voie d'ordonnance ».

40. L. CYTERMANN, art. cit., p. 2221.

41. V. les cas évoqués par l'étude d'impact pour illustrer les carences du dispositif actuel à propos des délais de fermeture, p. 235 et s.

observées ou quand des enfants sont accueillis avant la fin du délai de trois mois pendant lequel il peut être fait opposition (C. éduc., art. L. 441-3-1), en cas de « refus de se soumettre au contrôle des autorités compétentes ou d'obstacle au bon déroulement de celui-ci » ou s'il n'a pas été mis fin

« 1° Aux risques pour l'ordre public, la santé et la sécurité physique ou morale des mineurs que présentent les conditions de fonctionnement de l'établissement ; 2° Aux insuffisances de l'enseignement, lorsque celui-ci n'est pas conforme à l'objet de l'instruction obligatoire, tel que celui-ci est défini à l'article L. 131-1-1, et ne permet pas aux élèves concernés l'acquisition progressive du socle commun défini à l'article L. 122-1-1 ; 3° Aux manquements aux obligations en matière de contrôle de l'obligation scolaire et d'assiduité des élèves ; 4° Aux manquements aux articles L. 911-5 et L. 914-3 à L. 914-6 ou à la vacance de la fonction de directeur ; 5° Aux manquements aux obligations procédant de l'article L. 441-3 et du II du présent article » (C. éduc., art. L. 442-2).

Le contrôle de l'État sur les enseignements est élargi (C. éduc., art. L. 442-2) : il se « limite » [sic] « aux titres exigés des directeurs et des enseignants, à l'obligation scolaire, à l'instruction obligatoire, au respect de l'ordre public, à la prévention sanitaire et sociale et à la protection de l'enfance et de la jeunesse », mais il est précisé dans la nouvelle version de l'article L. 442-2 que l'instruction obligatoire « implique l'acquisition progressive du socle commun défini à l'article L. 122-1-1⁴² ».

De même, l'obligation de communiquer les pièces attestant de l'identité, de l'âge et de la nationalité « des personnes exerçant des fonctions d'enseignement » est étendue à l'ensemble « des personnels » (C. éduc., art. L. 442-2). En outre, l'établissement doit fournir, sur demande du préfet ou du recteur, « les documents budgétaires, comptables et financiers qui précisent l'origine, le montant et la nature des ressources de l'établissement » (C. éduc., art. L. 442-2).

Par ailleurs, l'alourdissement du régime des établissements hors contrat résulte de l'aggravation des peines déjà prévues qui peuvent être prononcées contre les directeurs de ces établissements.

42. Selon l'étude d'impact, p. 239, « il est proposé de préciser que le contrôle du respect du droit à l'instruction implique celui de la capacité de l'établissement à faire acquérir progressivement les éléments du socle commun défini à l'article L. 122-1-1 du code de l'éducation, qui sont l'expression concrète du contenu de ce droit à l'instruction. Cette précision a pour seul objet d'inscrire dès le début de l'article L. 442-2 les obligations de ces établissements, l'exigence de l'acquisition progressive du socle procédant aujourd'hui du II de l'article L. 442-2 et des articles R. 131-12 et R. 131-13 du code de l'éducation ».

Sont ainsi devenus des délits le fait d’ouvrir un établissement d’enseignement scolaire privé en dépit d’une opposition formulée par les autorités compétentes (C. éduc., art. L. 441-4) et le fait de diriger un établissement privé d’enseignement scolaire en dépit d’une telle opposition (C. éduc., art. L. 914-5), une peine d’un an d’emprisonnement se substituant à la décision de fermeture de l’établissement. Ces peines s’ajoutent à celle introduite par la loi n° 98-1165 du 18 décembre 1998 tendant à renforcer le contrôle de l’obligation scolaire, qui avait inséré dans le Code pénal un article L. 227-17-1 selon lequel « le fait, pour un directeur d’établissement privé accueillant des classes hors contrat ou son représentant légal, de n’avoir pas pris, malgré la mise en demeure des autorités compétentes de l’État, les dispositions nécessaires pour remédier aux manquements relevés est puni de six mois d’emprisonnement et de 7 500 euros d’amende⁴³ ». Cet article lui-même a été modifié en août 2021 : les peines ont été doublées, en outre, « le tribunal peut prononcer à l’encontre de ce directeur ou de son représentant légal la peine complémentaire d’interdiction de diriger ou d’enseigner » et « le fait de ne pas procéder à la fermeture des classes ou de l’établissement faisant l’objet d’une mesure de fermeture prononcée en application des IV ou V de l’article L. 442-2 ou de l’article L. 441-3-1 du code de l’éducation ou de faire obstacle à l’exécution d’une telle mesure est puni d’un an d’emprisonnement et de 75 000 euros d’amende ».

2.2. UN NOUVEAU RÉGIME DISPROPORTIONNÉ ET INADAPTÉ ?

Moins débattues et critiquées que celles visant l’instruction en famille⁴⁴ – dont le régime juridique est, il est vrai, plus profondément bouleversé – les modifications apportées au régime déjà « largement balisé⁴⁵ » des établissements scolaires hors contrat visent aussi à lutter contre la création d’écoles de fait et procèdent de la même démarche consistant à s’appuyer sur quelques cas problématiques, qui révèlent davantage le manque de moyens accordés aux contrôles déjà prévus par le droit existant qu’un problème général. En effet, à l’instar de l’instruction à domicile, les chiffres de la scolarisation

43. Sur ces dispositions, V. Y. MAYAUD, « Infractions contre les personnes », RSC 2018, p. 675-691.

44. V. par ex. Avis présenté au nom de la commission de la culture, de l’éducation et de la communication sur le projet de loi, adopté par l’Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, confortant le respect des principes de la République, Sénat, n° 450, 16 mars 2021.

45. J.-P. CAMBY, « Ouverture et fermeture des établissements d’enseignement privés », AJDA 2021, p. 2101.

dans des écoles hors contrat renvoient à une réalité bien marginale, même si elle est en nette augmentation⁴⁶. Outre leur caractère disproportionné, les mesures adoptées sont susceptibles d'être inadaptées.

Il importe ici de préciser que le « hors contrat » recouvre essentiellement deux situations. La première correspond à la mise en œuvre de pédagogies alternatives s'appuyant sur ce cadre juridique qui permet une grande liberté d'organisation et de choix des enseignements, « à la condition que l'enseignement dispensé respecte le droit des élèves à l'instruction et les normes minimales de connaissances de l'article L. 131-1-1 du code de l'éducation ». Au-delà des pédagogies anciennes et connues (Montessori, Steiner...), le développement ces dernières années des écoles hors contrat a donné lieu à la formation d'un secteur éducatif hétérogène, d'une grande diversité, et encore mal connu⁴⁷. Environ un quart de ces établissements procéderaient d'un choix éducatif fondé sur la religion⁴⁸.

La seconde situation découle directement d'une exigence légale et concerne tous les établissements d'enseignement privés : la contractualisation ne peut être demandée qu'au terme d'un délai de cinq ans après l'ouverture de l'établissement, qu'il s'agisse du contrat simple (C. éduc., art. R. 442-49) ou du contrat d'association à l'enseignement public (C. éduc., art. R. 442-33). Or, la contractualisation n'étant pas automatique à l'issue de ce délai et exigeant que certains critères soient remplis, certains établissements, loin de vouloir faire « figure de rébellion⁴⁹ », demeurent dans ce statut hors contrat, que l'on pourrait alors qualifier de « subi ». Telle est la situation de nombre d'écoles musulmanes qui aspirent à la contractualisation, renvoyant à un

46. « Les établissements hors contrat sont aujourd'hui au nombre de 1 872 environ, et accueillent 85 000 élèves. Parmi eux, 500 établissements hors contrat sont confessionnels, dont 250 catholiques, une vingtaine de groupes scolaires israéliens, une quarantaine d'établissements protestants et quatre-vingt-quinze musulmans » : Rapp. AN, n° 3797, précit., t. 1, p. 214. Selon une réponse à une question parlementaire, « à la rentrée 2019, les établissements d'enseignement privés des premier et second degrés revendiquant un caractère propre musulman scolarisaient un peu plus de 10 500 élèves (soit 0,47 % de l'ensemble des élèves de l'enseignement privé). Sur ce total, près de 1 300 élèves sont déjà dans des divisions sous contrat. Le réseau comptait une centaine d'établissements à la rentrée 2019, avec respectivement 90 établissements hors contrat et désormais 10 établissements sous contrat. » : Rép. min. n° 33325 : JOAN 9 févr. 2021, p. 1167.

47. V. A. FORNEROD, A. JORDAN, S. MAURIS-DEMOURIOUX, *Écoles hors contrat : terreau de la radicalité ou laboratoires d'innovations éducatives et citoyennes ? Quelques enseignements d'une enquête de terrain*, Millénaire 3, Grand Lyon Métropole, sept. 2018 : <https://www.millenaire3.com/ressources/Ecoles-hors-contrat> [consulté le 18 janvier 2021].

48. Rapp. AN, n° 3797, précit., t. 1, p. 215.

49. Y. MAYAUD, « Deux réserves d'interprétation pour l'article 227-17-1 du code pénal relatif aux établissements privés accueillant des classes hors contrat », RSC 2018, p. 675.

important décalage avec les réponses apportées par les textes récents en la matière⁵⁰. Au contraire, la nouvelle exigence à laquelle la passation d'un contrat avec l'État est soumise par la loi d'août 2021 pourrait s'entendre comme un message d'intransigeance à l'attention des établissements encore hors contrat. Devant déjà répondre à un besoin scolaire reconnu, la passation d'un tel contrat, désormais, « est subordonnée à la vérification de la capacité de l'établissement à dispenser un enseignement conforme aux programmes de l'enseignement public » (C. éduc., art. L. 442-5). Si cette exigence paraît en elle-même tout à fait raisonnable, elle fait partie d'un ensemble de mesures qui augurent plutôt d'une grande fermeté à l'égard de tout projet éducatif qui s'écarterait par trop des valeurs de l'École républicaine, voire réclament des manifestations d'allégeance. En témoigne la modification de l'article L. 111-1-1 du Code de l'éducation auquel il a été ajouté que « les établissements qui n'ont pas conclu de contrat avec l'État se voient proposer par l'autorité de l'État compétente en matière d'éducation une charte des valeurs et principes républicains⁵¹ ».

La loi du 24 août 2021 déploie une large gamme de contraintes et d'interdictions dans les deux secteurs éducatifs susceptibles d'échapper encore aux valeurs et principes républicains. La formule est bien connue : le 28 décembre 1906, au sujet d'un des multiples projets visant à séparer l'État des cultes, Aristide Briand, alors ministre de l'Instruction publique et des Cultes, déclarait aux sénateurs que la future loi « aura pour effet de mettre – et c'est toute notre tactique – l'Église catholique dans l'impossibilité même quand elle le désirerait d'une volonté tenace, de sortir de la légalité⁵² ». La suite de son allocution est sans doute davantage éclairante : « ce qu'elle demande, c'est la seule chose que nous sommes bien décidés à lui refuser : la

50. Selon le député Aurélien Taché, « depuis 2017, aucun agrément n'a été délivré, même quand les conditions de pédagogie et de 5 années d'existence sont réunies » et les « mesures d'interdiction et de restriction ne seront efficaces que si elles s'accompagnent du développement d'une véritable offre éducative musulmane sous contrat. En effet, si une politique volontariste de contrôle et de fermetures d'établissements est bien menée (fermeture de 6 établissements depuis 2018), rien n'est fait pour proposer une offre alternative aux nombreuses familles souhaitant que leur enfant reçoive une éducation religieuse. Celles-ci risquent alors de rompre totalement avec le système et de basculer dans la clandestinité et l'évitement scolaire. » : Rép. min. n° 33325, précit.

51. Cet ajout résulte d'un amendement adopté en commission à l'Assemblée nationale. Selon son auteur, il « vise à proposer aux établissements hors contrat une charte des valeurs et principes républicains. Ce serait une version de la charte de la laïcité qui s'applique dans les établissements publics et qui serait adaptée aux établissements sous contrat sous la forme de charte d'éthique républicaine. » : Rapp. AN, n° 3797, précit., t. II, p. 555.

52. *JO Sénat*, débats, 28 déc. 1906, p. 1229.

Anne FORNEROD

persécution. [...] Nous lutterons contre elle à coup de libertés». Aujourd'hui, dans son ambition – au demeurant légitime – de lutter contre les séparatismes et de prévenir la radicalisation religieuse chez les jeunes citoyens, la loi du 24 août 2021 s'est privée de la liberté de l'enseignement...

La répression convoquée au soutien des principes de la République

Julie ALIX

Université Paris Nanterre, Centre de droit pénal et de criminologie (CDPC)

RÉSUMÉ

La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République comporte une dimension répressive assumée. Pour ce faire, elle s'appuie principalement sur les outils répressifs les plus traditionnels : l'expansion de la répression par la facilitation des poursuites pénales et la multiplication des incriminations, d'un côté ; l'accroissement de la punitivité par le durcissement des peines et l'adjonction d'une répression para-pénale, de l'autre. La loi renoue ainsi avec un droit pénal sanctionnateur et accessoire. La mobilisation de ces outils répressifs s'opère toutefois tous azimuts, sans réflexion préalable sur leurs fonctions ou leur essence, plaçant la loi au rang de ces lois discursives, où l'efficacité symbolique est préférée à une efficacité réelle largement délaissée.

ABSTRACT

The law of 24 August 2021 reinforcing respect for the principles of the Republic contains a largely repressive dimension. To do so, it relies mainly on the most traditional repressive tools: the extension of repression by facilitating criminal prosecution and multiplying offences, on the one hand; the increase in punitiveness by toughening penalties and adding administrative (para-criminal) repression, on the other. The law thus returns to a criminal law that is both punitive and incidental. However, the mobilization of these repressive tools is carried out in all directions, without any prior reflection on their functions or their essence, ranking the law in the discursive laws, where symbolic effectiveness is preferred to a largely neglected real effectiveness.

« Face à l'islamisme radical, face à tous les séparatismes, force est de constater que notre arsenal juridique est insuffisant. Il faut regarder les choses en face : la République n'a pas suffisamment de moyens d'agir contre ceux qui veulent la déstabiliser. En terminer avec l'impuissance face à ceux qui malmènent la cohésion nationale et la fraternité, face à ce qui méconnaît la République et bafoue les exigences minimales de vie en société, conforter les principes républicains : telle est l'ambition du projet de loi¹. »

La puissance de l'argumentaire au soutien de la loi « confortant le respect des principes de la République » frappe au moins autant que l'identification des principes au soutien desquels elle est érigée. « Principes » (?) évanescents, tout juste évoqués : la cohésion nationale, la fraternité, les exigences minimales de la vie en société et, implicite mais transpirante, face à « tous les séparatismes », la laïcité éprouvée par le plus dangereux d'entre tous : « l'islamisme radical ». Le mot est posé dès les premières lignes de l'exposé des motifs pour désigner la cible, omniprésente dans le contenu de la loi. Derrière un intitulé universel, la loi est au contraire une loi de contexte : contexte identitaire et sécuritaire, lié à la crainte d'un « entrisme communautariste, insidieux mais puissant, [qui] gangrène lentement les fondements de notre société dans certains territoires. Cet entrisme est pour l'essentiel d'inspiration islamiste. Il est la manifestation d'un projet politique conscient, théorisé, politicoreligieux, dont l'ambition est de faire prévaloir des normes religieuses sur la loi commune que nous nous sommes librement donnée. Il enclenche une dynamique séparatiste qui vise à la division ». Un tel contexte² est au fondement du choix d'une politique répressive largement tournée vers l'exclusion.

Déposé le 9 décembre 2020 à la présidence de l'Assemblée nationale par le ministre de l'Intérieur et sa ministre déléguée à la Citoyenneté, le projet de loi fut, comme il est désormais de coutume, adopté en procédure accélérée le 23 juillet 2021 après avoir essuyé un échec en commission mixte paritaire. La loi de 103 articles (là où le projet en contenait 51) fut promulguée le 24 août 2021³ après que le Conseil constitutionnel, saisi par soixante députés et sénateurs de la constitutionnalité de sept articles, en a

1. Projet de loi confortant le respect des principes de la République, n° 3649, 9 déc. 2020.

2. Nullement étayé, notamment par l'étude d'impact accompagnant le projet de loi qui tente de définir le communautarisme en le reliant à l'islamisme, sans être en mesure de fournir des éléments précis d'identification du phénomène – sauf pour ce qui concerne la progression du nombre d'enfants instruits à domicile (de 15 000 à 50 000 en dix ans) ainsi que le nombre d'établissements scolaires hors contrat (de 800 à plus de 1 600), mais l'on ne sache pas que cette évolution concerne exclusivement la population musulmane.

3. L. n° 2021-1109, 24 août 2021, confortant le respect des principes de la République.

censuré deux, et posé deux réserves d'interprétation – laissant ainsi la place à des QPC qui ne manqueront pas d'être posées, mais validant toutefois le très problématique « délit de séparatisme⁴ » ou encore le délit de révélation d'éléments d'identification d'une personne en vue de l'exposer à un risque d'atteinte. Ces deux dispositions suffisent à révéler l'orientation répressive de la loi qui, pour conforter les principes de la République, s'appuie principalement sur les outils répressifs les plus traditionnels : la répression pénale et la répression administrative, conjuguées pour accroître les effets de la contrainte étatique sur les comportements recelant un risque (pas toujours clairement identifié) pour des principes (non moins clairement identifiés). La loi assume ainsi la dimension sanctionnatrice d'un droit pénal, accessoire et largement déraciné : si tous les outils répressifs sont ici mobilisés, depuis la création d'incriminations jusqu'à la sollicitation des peines et mesures punitives diverses, en passant par des dispositions procédurales destinées à faciliter la répression, c'est sans réflexion préalable sur leurs fonctions ou leur essence. Ce faisant, la répression mobilisée tous azimuts place la loi au rang de ces lois discursives, où l'efficacité symbolique est préférée à une efficacité réelle délaissée – lorsqu'elle n'est pas impossible. L'affermissement de la répression n'en est pas moins net, qui se traduit, d'une part, par son expansion et d'autre part, par le durcissement de la punitivité.

1. L'EXPANSION DE LA RÉPRESSION

À côté de quelques dispositions qui ont pour objet de faciliter l'exercice des poursuites – et donc l'effectivité de la lutte contre certaines criminalités –, la loi du 24 août 2021 crée de nouvelles infractions qui ont pour effet un accroissement du champ de l'illicite – ce qu'en criminologie, on nomme l'élargissement du filet répressif (*net widening*⁵).

4. C. pén., art. 433-3-1. Le délit est nommé « de séparatisme », non par la loi mais par toutes les communications institutionnelles après avoir été ainsi évoqué au cours des débats. L'article incrimine la sollicitation violente (par violence, menaces ou intimidation) d'une application différenciée d'un service public. V. *infra* 1.1 et 1.2.

5. Y. CARTUYVELS, « Politiques pénales et gouvernementalité par le risque : vers une culture post-disciplinaire ? », in Y. CARTUYVELS (dir.), *Les ambivalences du risque : regards croisés en sciences sociales*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint Louis, 2019, p. 149-185 ; M.-S. DEVRESSE, « Vers de nouvelles frontières de la pénalité. Le cas de la surveillance électronique des condamnés », *Politix*, n° 97, 2012/1, note n° 14 : « Cette expression célèbre (en anglais “*net widening*”) renvoie à l'origine au phénomène décrit par Stanley Cohen, selon lequel créer des mesures alternatives ne contribue pas à réduire le champ d'action du système pénal mais conduit au contraire à augmenter le nombre de personnes sous son emprise : S. COHEN, *Visions of Social Control*, Cambridge, Polity Press, 1985. »

1.1. LA FACILITATION DES POURSUITES

À l'heure où l'expression par voie médiatique – réseaux sociaux, médias en ligne – est facilitée et parfois abusivement exploitée, les infractions dites de presse font l'objet d'une attention particulière du législateur. Dérageant à une « exclusion ancienne de la comparution immédiate » pour juger les délits de presse, la loi du 24 août 2021 revient sur cette exclusion en ouvrant la voie procédurale de la comparution immédiate et de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité aux délits de provocation à commettre un crime ou un délit, de contestation de crime contre l'humanité, négation, minoration ou banalisation d'un crime de génocide, réduction en esclavage ou crime de guerre, ainsi qu'aux délits d'injure envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ou à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou handicap⁶. Il s'agit clairement de faciliter les poursuites de ces abus de la liberté d'expression tout autant, à leur égard, que de faire coïncider le temps des médias et celui de la répression.

Le recours aux procédures accélérées est toutefois soumis à une importante exception, qui semble la réduire à une « illusion et tromperie⁷ » : lorsque ces délits résultent du contenu d'un message placé sous le contrôle d'un directeur de publication. Emmanuel Derieux regrette ce procédé qui consiste à « retirer d'une main ce que l'on prétend donner de l'autre », relevant que la loi prétend faciliter la répression en « excluant, en réalité, les cas où cela pourrait paraître possible en pratique », car « seules ces personnes sont facilement identifiables et peuvent être ainsi poursuivies. En l'absence de "directeur de la publication", la nécessité de rechercher l'auteur du message litigieux imposera l'ouverture d'une enquête et d'une instruction ». L'auteur s'interroge alors : « N'a-t-il pas ainsi été cédé à la pesante pression de ceux, parmi les représentants des médias, qui sont soucieux du respect des diverses particularités de procédure de la loi de 1881, qu'ils voudraient intouchable (alors qu'elle a été maintes fois modifiée), dont ils tirent avantage⁸ ? » Comme sur d'autres aspects, la loi risque donc d'être vidée de sa substance sur ce

6. L. 29 juill. 1881, art. 24, 24 bis et 33 al. 2 et 4.

7. E. DERIEUX, « Comparution immédiate pour les délits de presse : un effet d'annonce ? », *Lextenso*, *Actu-Juridique.fr*, 5 févr. 2021 : <https://www.actu-juridique.fr/ntic-medias-presse/comparution-immEDIATE-pour-les-delits-de-presse-un-effet-dannonce/> [consulté le 17 janv. 2022].

8. *Ibid.*

point et se réduire à un effet d'annonce. Faut-il pour autant le regretter ? On ne peut s'empêcher de penser, malgré tout, que cette exclusion protège pour le moins la presse écrite qui mérite certainement de l'être, dans un contexte où les procédures accélérées sont loin d'offrir une justice satisfaisante.

L'article 9 de la loi crée, à l'article 433-3-1 du Code pénal, un nouveau délit dit de séparatisme, consistant dans les menaces, l'usage de violences ou d'actes d'intimidation commis à l'égard d'une personne participant à l'exécution d'une mission de service public, afin d'obtenir une application différenciée des règles de fonctionnement dudit service. Pour renforcer la répression de comportements tels que l'exigence (menaçante ou violente) d'être examiné par ou d'avoir pour interlocuteur une personne de même sexe⁹, l'article 433-3-1 dernier alinéa dispose que « Lorsqu'il a connaissance de faits susceptibles de constituer l'infraction prévue au premier alinéa, le représentant de l'administration ou de la personne de droit public ou de droit privé à laquelle a été confiée la mission de service public dépose plainte ». Il s'agit par-là, d'une part, de s'assurer du soutien de l'Administration à ses agents, mais également d'assurer une transmission des faits à l'autorité policière et judiciaire, lorsque l'agent pourrait, par crainte de représailles, renoncer à déposer plainte. En ce sens, il s'agit bien de renforcer l'efficacité de la répression que permet le nouveau délit. Le dispositif est inédit, et va au-delà des prévisions de l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale, selon lesquelles « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ». Là où l'article 40 impose un signalement au procureur, l'article 433-3-1 du Code pénal permet à l'Administration de porter plainte. Au plan procédural, le dispositif interroge toutefois : s'agit-il pour le représentant de l'Administration de porter plainte en son nom propre, au nom de son administration ou de la personne morale qu'il représente, ou encore au nom de la victime ? La plainte est un droit qui appartient à la victime et qui, hors le cas des associations agréées ou des syndicats, n'est en principe pas exercé par substitution. La loi semble introduire une dérogation, sans que le dispositif soit complètement intelligible. Heureusement, grâce à une rédaction au présent de l'indicatif, le texte ne crée qu'une faculté au profit de l'Administration et non une obligation ; au surplus, la plainte en question n'est qu'une plainte simple et non une plainte avec constitution de

9. Exemples cités au cours des débats devant la commission des lois de l'Assemblée nationale.

partie civile, insusceptible de déclencher l'action publique. Cette disposition a donc plus certainement vocation à créer un mécanisme d'incitation à enquêter à l'égard des forces de l'ordre, et de suivre le dossier ainsi signalé. Une circulaire aurait probablement produit le même effet.

La facilitation des poursuites est encore assurée par un nouvel article 2-25 du Code de procédure pénale qui allonge la longue liste des associations habilitées à se constituer partie civile, y compris déclencher les poursuites, afin d'autoriser certaines associations de lutte contre les violences, injures, diffamations, discours de haine ou divulgation d'informations subies par les agents chargés d'une mission de service public, à condition d'avoir obtenu le consentement de la victime. Même si le dispositif a fait ses preuves et que le rôle des associations de victimes dans l'exercice de « l'action civile répressive¹⁰ » est le plus souvent salué, de telles dispositions contribuent à un découpage discutable de la société française par catégories de victimes, et au-delà à la construction d'une conscience victimaire de groupe.

La volonté d'accroître l'effectivité de la répression conduit aussi le législateur à prolonger un mouvement, déjà remarqué, de transformation de délits privés de diffamation en délits susceptibles d'être poursuivis d'office par le ministère public. À cet égard, l'alinéa 6 de l'article 48 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse est étendu au cas des personnes ou groupes de personnes victimes de diffamation ou d'injure en raison de leur identité de genre. Lorsque la victime est prise individuellement (et non en tant que membre d'un groupe), son accord est toutefois nécessaire à l'exercice des poursuites.

Dispositions disparates, donc, dont le fil rouge est à rechercher dans la quête d'une répression effective de certaines atteintes aux personnes visées pour ce qu'elles sont ou pour le service public qu'elles rendent. Ces quelques dispositions complètent ainsi d'un volet plus opérationnel le volet « incriminations » de la loi. Pour autant, il est fort à parier qu'elles ne suffiront toutefois pas à produire l'effet escompté, tant les nouveaux délits créés, s'ils réalisent un accroissement du champ de l'illicite et avec lui, du contrôle social, semblent plus symboliques qu'opérationnels.

10. J. LEROY, « L'action civile répressive », in C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Paris, Dalloz, 2016, p. 193.

1.2. L'ACCROISSEMENT DU CHAMP DE L'ILLICITE

En créant pas moins de douze nouvelles incriminations¹¹, la loi s'inscrit dans une tendance lourde qui consiste, d'une part, à faire appel à la dimension sanctionnatrice du droit pénal, au moins dans son aspect symbolique. D'autre part, elle poursuit la propension du législateur à incriminer des comportements non ou faiblement lésionnaires pour prévenir un risque plutôt que pour réprimer un passage à l'acte, s'inscrivant dans la construction d'un droit répressif de la sécurité¹².

Le recours au rôle sanctionnateur du droit pénal¹³, s'il n'est pas nouveau, est, dans la période récente, caractéristique de la réglementation sanitaire applicable depuis mars 2019, qui articule mesures de police et pénalisation de leur violation (mais on l'observe également dans la réglementation routière, par exemple). Il se traduit par la multiplication de ce que Pierrette Poncela a nommé les « infractions administrativo-pénales¹⁴ », infractions dépourvues de rationalité propre, sinon assurer l'efficacité d'une réglementation dont elles se présentent comme l'accessoire. Ces infractions sont nombreuses dans la loi du 24 août 2021 : délit d'ouverture d'un établissement d'enseignement privé malgré opposition administrative¹⁵ ; absence, par le directeur d'un établissement privé hors contrat, de mesures pour remédier aux manquements relevés par l'autorité administrative ou absence de fermeture de classe consécutive à une mesure de fermeture administrative¹⁶ ; non-respect, par une association culturelle, de l'obligation de déclaration d'avantages ou ressources provenant de l'étranger¹⁷, ou de l'obligation consécutive de restitution si, après déclaration, l'autorité administrative s'est opposée à ce financement¹⁸, ou encore

11. La technique de l'incrimination par renvoi ou par adjonction d'un mot dans un texte rend aléatoire l'opération de comptabilisation.

12. J. ALIX et O. CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », RSC 2017, p. 845.

13. V. C. PEDRAZZI, « Le rôle sanctionnateur du droit pénal », in J. GAUTHIER (dir.), *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Fribourg, Éd. universitaires, 1985, p. 15-26.

14. P. PONCELA, « Les naufragés du droit pénal », *Arch. pol. crim.* 2016, p. 20.

15. Puni d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende (C. éduc., art. L. 441-4).

16. C. pén., art. 227-17-1. Les délits sont respectivement punis d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, et d'un an d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

17. Puni d'une amende de 3 750 euros dont le montant peut être porté au quart de la somme sur laquelle a porté l'absence de déclaration ; la confiscation des avantages est également encourue à titre de peine complémentaire (L. 9 déc. 1905, art. 19-3-IV).

18. Comportement puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ainsi que de la confiscation des avantages et ressources concernés à titre de peine complémentaire (L. 9 déc. 1905, art. 19-3-IV al. 2).

délict de non-certification des comptes des fiducies et personnes morales de droit français intervenant comme intermédiaires des financements procurés aux associations culturelles¹⁹. Sont également prohibés l'organisation d'opérations de vote pour des élections politiques françaises ou étrangères dans un local culturel, ainsi que l'affichage, la diffusion ou distribution de propagande électorale²⁰. Dans toutes ces hypothèses, la pénalisation a vocation à renforcer l'efficacité de la réglementation ou de la mesure administrative, par son effet dissuasif ou, le cas échéant, la répression effective.

L'émergence d'un droit répressif de la sécurité, caractérisé par la pénalisation de l'ensemble des comportements constitutifs d'un phénomène criminel, depuis l'essence de la criminalité jusqu'à sa périphérie, s'observe désormais dans tous les domaines politiquement prioritaires de la lutte contre la criminalité et se traduit inévitablement par l'explosion des incriminations dans un mouvement centripète. C'est par exemple la caractéristique du droit pénal de lutte contre les abus sexuels ou sexistes, qui punit désormais jusqu'à l'outrage sexiste²¹, et se traduit, à côté de la répression des agressions sexuelles, par la multiplication des incriminations destinées à prévenir les risques de passage à l'acte en anticipant la répression. De plus en plus, cette prévention pénale conduit à incriminer des comportements conçus comme dangereux, sinon pour un bien juridique précisément identifié, du moins pour « le droit à la sécurité », fondamentalisé à l'article L. 111-1 du Code de la sécurité intérieure. La tendance est même légitimée, lorsqu'elle conduit à protéger contre des atteintes graves à la personne, par la théorie des obligations positives déployée par la Cour européenne des droits de l'homme²². Le sens du vent qui souffle depuis les organes de protection des droits fondamentaux est bel et bien répressif lui aussi – ce dont témoigne la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 13 août 2021.

Les deux tendances se rejoignent dans la fabrique d'une norme pénale dégradée, tant dans son élément matériel que dans son élément moral.

19. L. 9 déc. 1905, art. 19-3-IV al. 3, faisant encourir, pour les personnes physiques nommément désignées (dirigeant, administrateur, fiduciaire), 9 000 euros d'amende.

20. L. 9 déc. 1905, art. 26. Les frontières de cette incrimination sont larges. Auraient-elles pu aller jusqu'à saisir des comportements tels que les opérations de propagande de soutien en faveur de François Fillon organisées consécutivement au mouvement religieux « La Manif pour tous », entre 2014 et 2017 ? Probablement, si des actions avaient été organisées à partir de certaines paroisses.

21. C. pén., art. 621-1.

22. G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (dir) « *Devoir de punir ?* » : le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie, Paris, Société de législation comparée, 2013.

Élément matériel faiblement significatif *per se*, et difficilement tangible, donc plus complexe à définir ; élément intentionnel nécessairement appauvri (vouloir commettre un comportement peu significatif en lui-même), parfois renforcé par un dol spécial. L'application de ces incriminations de prévention se heurte ainsi fréquemment à des difficultés probatoires, de sorte que leur application effective est généralement faible, trahissant le choix de faire primer la fonction symbolique de la loi pénale, le législateur prenant alors le risque de susciter des attentes sociales que la loi pénale, discursive, n'est pas en mesure de combler – car la culpabilité, même dégradée, reste soumise à l'exigence de preuve rendue plus difficile lorsque le comportement répréhensible est faiblement tangible²³.

Faute de pouvoir les analyser toutes, nous laisserons de côté les infractions administrativo-pénales pour évoquer les plus symboliques de ces nouvelles incriminations, celles tendant à une protection accrue de certaines personnes – les femmes, les enseignants, les participants à une mission de service public – voire de « toutes » les personnes, de façon indiscriminée.

La protection de l'intimité et de la liberté sexuelle des femmes fait l'objet de pas moins de trois incriminations nouvelles, l'une dans le Code de la santé publique²⁴ qui pénalise l'établissement d'un certificat de virginité par un professionnel de santé, les deux autres, dans le Code pénal²⁵, qui pénalisent d'une part, la provocation ou les pressions à l'encontre d'une femme afin qu'elle se soumette à un test de virginité, d'autre part la réalisation de l'examen médical visant à attester cette virginité.

Au-delà du découpage entre deux codes, dont la rationalité ne s'impose pas avec la force de l'évidence, que dire de ces incriminations, sinon qu'elles poursuivent un mouvement ancien mais renforcé ces dernières années, tendant non seulement à faire de la liberté sexuelle un bien juridique protégé par le

23. A. BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Déviance & Société* 1991, p. 1.

24. CSP, art. L. 1110-2-1 et L. 1115-3.

25. C. pén., art. 225-4-11 et 12, insérés dans une section nouvelle au sein du chapitre V du titre II du livre II (atteintes à la dignité) : Section 1 quater : « Des examens en vue d'attester la virginité ». L'art. 225-4-12 précise que le délit de réalisation d'un examen en vue d'attester la virginité est puni, « sans préjudice des cas dans lesquels ces faits constituent un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle ». On rappellera que les infractions en cause ne revêtent pas les mêmes éléments constitutifs, de sorte que, en vertu des principes de qualification pénale, il appartient au juge de restituer aux faits leur exacte qualification, en respectant notamment la primauté de la loi spéciale et de la plus haute expression pénale. La précision apportée en incise altère donc inutilement l'intelligibilité du texte.

droit pénal, mais encore du genre féminin un genre de plus en plus protégé par le droit pénal²⁶ – ce qui ne laisse pas d'interroger la place du principe d'égalité en droit pénal. Ces trois nouveaux délits sont punis de la peine maximale d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, la peine d'amende étant doublée lorsque la victime est mineure. Cette bizarrerie, qui consiste à n'aggraver que la peine d'amende, s'explique certainement par la volonté de laisser le délit sous le seuil des peines susceptibles d'être aménagées *ab initio*, c'est-à-dire transformées par le juge en peines exécutoires en milieu ouvert dès leur prononcé²⁷. Par-delà le regret récurrent qu'il faille systématiquement en passer par la voie pénale là où « une bonne politique sociale est la meilleure politique criminelle²⁸ », il faut en outre probablement regretter la discordance entre l'affirmation selon laquelle l'exigence et l'établissement d'un tel certificat troublent (gravement) l'ordre public, et l'impossibilité de poursuivre un tel trouble en l'absence de dénonciation privée. De la sorte, ainsi que le relève Maxime Brenaut²⁹, le consentement à une telle pratique la fera échapper aux poursuites.

De leur côté, les enseignants font l'objet d'une attention pénale spécifique et assumée au lendemain de l'assassinat d'un professeur, à travers une nouvelle qualification : l'entrave à la fonction d'enseignant, insérée au sein de l'article 431-1 du Code pénal. Cette disposition incrimine déjà, au sein d'un titre du Code pénal dédié aux « atteintes à l'autorité de l'État », « Des entraves à l'exercice des libertés d'expression, du travail, d'association, de réunion et de manifestation ». En séance à l'Assemblée nationale, quelques débats ont émergé sur la nécessité d'un tel délit spécial à côté des délits de portée générale préexistants, sur la crainte de voir judiciairisées toutes tensions dans les établissements scolaires, ou encore sur la pertinence de viser la « fonction d'enseignant », « la liberté pédagogique », ou encore « la liberté d'enseignement ». Cette dernière a été balayée d'un revers de manche par la rapporteure du projet de loi, Laurence Vichnievsky, au motif que « c'est une liberté constitutionnelle qui renvoie au droit de créer un établissement d'enseignement privé, confessionnel ou non, d'y enseigner ou, pour les élèves,

26. Protection contre les mariages forcés, les interruptions de grossesse non désirées, les violences de genre (circonstances aggravantes tenant notamment à l'état de grossesse), de façon plus ambivalente, contre le port du voile intégral... Jusqu'à une période récente, le viol ne pouvait être commis que sur une femme. Cette anomalie a été corrigée par la loi du 3 août 2018 (C. pén., art. 222-23).

27. C. pén., art. 132-19 et 132-25.

28. Formule attribuée à F. von Liszt (1882).

29. M. BRENAUT, « L'extension (excessive) du domaine (répressif) de la lutte contre le séparatisme », *Dr. pén.* 2021, étude 19.

de le fréquenter. Pourquoi alors ne pas créer un tel délit spécifique pour chacune de nos libertés fondamentales? Je crois que ce n'est pas raisonnable » – l'entrave à la fonction d'enseignant fut en revanche soutenue, sans que l'on comprenne bien pourquoi. De son côté, l'initiatrice de l'amendement a reconnu : « je voulais que ce délit d'entrave soit spécifique aux professeurs ». Est donc créé un nouveau délit d'entrave, de manière concertée et à l'aide de menaces, à la « fonction d'enseignant ». Puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, il contraste avec le reste de l'article 431-1 qui réprime les entraves à l'exercice de *libertés* (d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation, ou d'entrave au déroulement des assemblées parlementaires ou organes délibérant des collectivités territoriales). La formulation procède ainsi d'une forme de *subjectivisation* de l'atteinte, ciblant un individu et non une liberté. Au Sénat, les risques de conflits avec le nouveau délit dit de séparatisme ont été soulignés, mais ils n'ont pas été examinés par le Conseil constitutionnel. L'hypertrophie du champ de l'illicite est ici évidente : comment qualifier les menaces dont ferait l'objet un enseignant sommé de modifier son discours pédagogique? Violences psychologiques de l'article 222-13, commises sur un enseignant? Menaces de commettre un crime ou un délit commises sur un enseignant, de l'article 433-3? Entrave à la fonction d'enseignant de l'article 431-1? Séparatisme de l'article 433-3-1? Où l'on voit que l'efficacité du symbole et celle de la répression se contredisent souvent, laissant *in fine* l'institution judiciaire se saisir, ou pas, des nouvelles qualifications disponibles.

Le délit dit de séparatisme, ou d'intimidation pour influencer sur le fonctionnement du service public, constituait une disposition phare du projet politique. Il est inséré dans un article 433-3-1 du Code pénal et punit d'une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende « le fait d'user de menaces ou de violences ou de commettre tout autre acte d'intimidation à l'égard de toute personne participant à l'exécution d'une mission de service public, afin d'obtenir pour soi-même ou pour autrui une exemption totale ou partielle ou une application différenciée des règles qui régissent le fonctionnement dudit service ». Ainsi que l'a relevé un auteur « si des pratiques communautaristes peuvent venir à l'esprit, elles ne sont pas visées par le texte qui se révèle beaucoup plus large³⁰ ». Il s'agit bien de réprimer les intimidations commises *en vue* d'obtenir des horaires séparés dans les piscines ou clubs sportifs, le port de signes religieux ostensibles à l'école, le report d'une date d'examen qui tomberait le jour d'une fête

30. *Ibid.*

religieuse ou l'examen médical réalisé par une personne de même sexe. Juridiquement, le but est érigé en dol spécial et non en élément matériel, de sorte que l'avantage demandé n'a pas à être octroyé.

Ce délit a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, au motif notamment qu'il n'est pas redondant avec celui de l'article 433-3, dernier alinéa, qui punit d'une peine de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende le fait d'user de menaces, de violences ou de commettre tout acte d'intimidation pour obtenir d'une personne, chargée d'une mission de service public notamment, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa mission en vue de faire obtenir des distinctions, emplois, marchés ou toute autre décision favorable. Il ne s'est nullement prononcé sur les autres doublons³¹, qui pourtant contreviennent au principe de nécessité des incriminations pénales autant qu'au principe d'égalité devant la loi pénale³². Surtout, le Conseil n'a pas relevé l'atteinte problématique au principe de légalité, consistant dans l'imprécision des éléments constitutifs³³, et encore moins l'atteinte au principe de proportionnalité des peines³⁴, consistant dans l'assimilation réalisée entre l'intimidation, la menace et l'usage de violence. Que l'auteur soit ou non passé à l'acte, la peine encourue est identique.

C'est une nouvelle étape dans les mutations que subit la répression pénale depuis une vingtaine d'années : après l'anticipation de la répression, qui se traduit mécaniquement par une baisse des peines encourues (punir avant le passage à l'acte, c'est en effet punir un acte moins grave, donc moins sévèrement réprimé), on assiste à la disparition du passage à l'acte à la fois

31. Notamment sur le conflit possible avec les menaces de commettre une infraction sur une personne exerçant une mission de service public ou avec le délit d'entrave à la fonction d'enseignant, relevés *supra*.

32. En ce sens, Cons. const., 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC, *Association Emmaüs Forbach*.

33. Un amendement devant la commission des lois de l'Assemblée nationale demandait la suppression de la formule « tout autre acte d'intimidation ». Sa discussion donna lieu aux échanges suivants (Ass. nat., compte rendu de la séance du 20 janvier 2021, 15 h) : « Mme Laurence Vichnievsky, rapporteure pour le chapitre I^{er} du titre I^{er}. La notion d'« acte d'intimidation » est connue en droit pénal et est parfaitement définie par la jurisprudence, qui en retient une acception large. Avis défavorable.

M. Éric Dupond-Moretti, garde des Sceaux, ministre de la justice. Même avis : la jurisprudence a défini très clairement cette notion.

M. Boris Vallaud. Je prendrai connaissance avec intérêt de cette jurisprudence. Je note qu'elle est à la fois très claire et très large, ce qui me paraît un peu contradictoire. »

34. Alors que le Conseil contrôle pourtant la disproportion manifeste des peines (par ex., 3 sept. 1986, n° 86-215 DC). Or, logiquement, si la peine de cinq ans d'emprisonnement est jugée proportionnée pour un acte de violence consommé (usage), elle ne peut pas l'être pour un acte de menace de recourir à une telle violence.

comme seuil de la répression mais encore comme mesure de la proportionnalité de celle-ci.

Enfin, en réaction au drame de l'assassinat du professeur Paty, la loi crée, à l'article 223-1-1 du Code pénal, un nouveau délit général de mise en danger des personnes résidant dans la révélation, la diffusion ou la transmission d'informations relatives à la vie privée, familiale ou professionnelle d'une personne et permettant de l'identifier ou de la localiser afin de l'exposer ou d'exposer les membres de sa famille à un risque direct d'atteinte à la personne ou aux biens. Il s'agit là encore d'un délit obstacle, puisqu'aucune atteinte aux personnes ou aux biens n'a à être caractérisée, pas plus que l'exposition à un risque³⁵, qui demeure au rang de projet. Il s'agit donc d'une incrimination particulièrement précoce d'une *volonté* de mise en danger, qui confine au délit d'intention (ne reposant matériellement que sur une révélation ou diffusion d'informations qui sera le plus souvent très équivoque) et dont on peut gager que la mise en œuvre se heurtera à d'importantes difficultés probatoires³⁶: comment démontrer la volonté d'exposer une personne à un risque pour sa personne, ses proches ou ses biens, sauf lorsque les révélations sont accompagnées de menaces effectives ou d'un projet exprimé? Le comportement fait encourir trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende et protège toute personne, des circonstances aggravantes permettant d'aggraver la répression lorsque la cible du délit est une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou d'un mandat électif, un mineur ou une personne vulnérable.

Si l'effectivité de la répression qu'occasionneront ces nouvelles incriminations reste à démontrer, il n'en demeure pas moins que ces incriminations ont d'ores et déjà un double rôle. D'une part, leur force symbolique conduit à légitimer la stigmatisation et renforcer le contrôle social (à défaut d'un contrôle systématiquement pénal) de certains comportements ou individus. D'autre part, faute de pouvoir fonder de nombreuses poursuites (pour les raisons probatoires sus-évoquées, mais aussi compte tenu de la capacité des juridictions), mais dans la mesure où elles constituent des incriminations disponibles³⁷ – donc le fondement possible de poursuites –, l'on ne peut

35. M. BRENAUT, art. cit., parle « d'anticipation "au carré" », et note que le délit se distingue ainsi du délit de risque causé à autrui incriminé par l'article 223-1 C. pén.

36. Dans le même sens, Th. BESSE, « L'exposition d'autrui à un risque par divulgation d'informations identifiantes », *Lexbase pénal*, nov. 2021, p. 42.

37. J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd. 2001, p. 138. Pour l'auteur, « C'est cette disponibilité qui est [l']utilité essentielle [de la règle de droit] ».

exclure, avec Olivier Cahn, un déploiement désordonné source d'inégalitarisme de la politique criminelle³⁸.

L'accroissement du champ de l'illicite contribue ainsi à un durcissement de la répression, conforté par la mobilisation de tout un système de punitivité.

2. LE DURCISSEMENT DE LA PUNITIVITÉ

Parler de punitivité permet d'associer dans la réflexion l'ensemble des mesures et sanctions, pénales ou non imposées en réaction à un comportement pénalisé ou à un manquement administratif, et ressenties comme une punition. À l'instar des lois récentes, la loi du 24 août 2021 mobilise en effet de nombreux outils répressifs, peines principales et complémentaires, mesures de police ou mesures de sûreté, qui s'articulent au profit d'un affermissement répressif.

2.1. L'AFFERMISSEMENT PAR LA RÉPRESSION PÉNALE

Le volet strictement pénal est naturellement déployé pour compléter l'édiction de nouveaux interdits.

Dispositif le plus visible pour marquer la volonté de fermeté à l'égard de certains comportements, l'aggravation de la peine principale encourue parsème l'ensemble de la loi. Sont ainsi aggravées les peines encourues par l'auteur d'une provocation à la mutilation sexuelle de mineurs³⁹. De même, les peines encourues par le directeur de l'établissement privé hors contrat n'ayant pas pris les mesures pour remédier aux manquements relevés par l'autorité administrative (rectorat) ou n'ayant pas procédé à la fermeture des classes ou de l'établissement faisant l'objet d'une fermeture administrative sont désormais respectivement d'un an et 15 000 euros d'amende et d'un an et 75 000 euros d'amende⁴⁰.

Au-delà, la loi aggrave notamment deux catégories d'infractions : les infractions à la police des cultes, et les infractions à la loi sur la presse.

38. « Le droit pénal trahit-il une dérive autoritaire du régime français ? », in K. ABDERAMANE, G. KURT et C. MADELEINE (dir.), *La formation des régimes autoritaires : analyse juridique comparée de récents développements européens*, RDUE, à paraître.

39. C. pén., art. 227-24-1, punie de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende, au lieu de cinq ans et 75 000 euros antérieurement.

40. C. pén., art. 227-17-1. Pour la mesure de fermeture d'établissement, V. *infra*, 2.2.

Ainsi, les délits de provocation à commettre un crime ou un délit, de contestation de crime contre l'humanité, négation, minoration ou banalisation d'un crime de génocide, réduction en esclavage ou crime de guerre, ainsi que les délits d'injure envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ou à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou handicap⁴¹ sont aggravés et punis de trois ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsqu'ils sont commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public à l'occasion de l'exercice de ses fonctions.

Quant à ce qu'il est d'usage de nommer la police des cultes, elle fait l'objet d'une répression également accrue, tant dans le Code pénal que dans la loi de 1905. Est ainsi aggravée la peine encourue par le ministre du culte ayant célébré un mariage religieux en l'absence de (ou avant le) mariage civil⁴². Là où, dans sa version initiale, la loi du 9 décembre 1905 prévoyait des interdits (art. 25 à 28) punis de « peines de police » (art. 29), la loi du 24 août 2021 *singularise* la répression, infraction par infraction, *correctionnalisant* au passage plusieurs infractions⁴³ : ainsi de la menace en vue d'inciter un individu à exercer un culte, faire partie d'une association culturelle ou contribuer aux frais d'un culte (ou l'inverse : incitation à ne pas exercer une telle activité)⁴⁴, du délit de provocation directe, émanant d'un ministre du culte, à résister à l'exécution des lois ou aux ordres légaux de l'autorité publique, ou tendant à armer une partie des citoyens les uns contre les autres⁴⁵ ou encore des délits de propagande électorale ou d'organisation d'opérations de vote pour des élections politiques françaises ou étrangères dans un local servant à l'exercice du culte ou ses dépendances, désormais punis d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende⁴⁶.

Surtout, le durcissement de la répression résulte de la mobilisation des peines complémentaires qui s'ajoutent aux peines principales pour affiner,

41. L. 29 juill. 1881, art. 24, 24 bis et 33 al. 2 et 4.

42. C. pén., art. 433-2-1 faisant encourir un an d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende, là où étaient auparavant encourus six mois d'emprisonnement et la même peine d'amende.

43. Et procédant parfois à leur redéfinition : L. 9 déc. 1905, art. 31 et 35-1 (ex art. 26).

44. L. 9 déc. 1905, art. 31, délit puni d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende et aggravés lorsque l'auteur agit par voie de fait ou violence.

45. L. 9 déc. 1905, art. 35, délit obstacle puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

46. L. 9 déc. 1905, art. 35-1.

mais surtout compléter, donc renforcer, la répression⁴⁷. Rappelons que, pour une même infraction, plusieurs peines complémentaires peuvent être prononcées par le juge, peines puisées dans la liste des peines complémentaires encourues pour ladite infraction. C'est ainsi que dans certains contentieux, les peines complémentaires sont sources d'une plus grande sévérité pour l'auteur que les peines principales, lorsque par exemple, elles conduisent à priver l'auteur de son activité ou lui interdisent de séjourner dans certaines zones parfois étendues. Alors, elles sont plus douloureuses que la peine d'emprisonnement de courte durée, souvent prononcée avec sursis pour les délits⁴⁸, et donc largement indolore. Deux peines complémentaires sont particulièrement mobilisées par la loi du 24 août 2021 : l'interdiction du territoire français et l'interdiction d'exercer.

La prévision spéciale de la peine complémentaire d'interdiction du territoire français⁴⁹, dont les modalités sont définies aux articles 131-30 et suivants du Code pénal, trahit bien souvent une représentation que le législateur se fait de l'auteur de l'infraction et de son extranéité potentielle. En ce sens, elle est une expression de la *ratio legis* et, s'agissant de la loi du 24 août 2021, sa prévision n'est pas sans ramener à l'idée initiale de *séparatisme* et de communautarisme religieux lié à des individus de nationalité étrangère. L'interdiction du territoire français est ainsi encourue par les ministres du culte qui commettent les infractions de célébration de mariage religieux en l'absence de mariage civil et faisant donc le choix de faire primer la loi religieuse sur la loi civile⁵⁰.

Elle est encore encourue par toute personne de nationalité étrangère qui commet le délit d'intimidation destinée à bénéficier de règles différenciées d'un service public⁵¹ – la peine expliquant ainsi la dénomination de « délit de séparatisme » : un délit pensé pour émaner de personnes de nationalité étrangère.

47. J.-Y. MARÉCHAL, « Gravité, peines et mesures complémentaires », in J. ALIX et A. DARSONVILLE (dir.), *Gravité et droit pénal*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2021, p. 163.

48. Ainsi, sur 279 653 peines d'emprisonnement prononcées en 2018, 130 230 étaient des peines d'emprisonnement intégralement ou partiellement ferme (Ministère de la Justice, *Chiffres clés de la Justice*, 2020). 149 423 peines d'emprisonnement étaient donc assorties d'un sursis total.

49. D. LOCHAK, « L'immigration saisie par le droit pénal », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, 2014, p. 689 et s.

50. C. pén., art. 433-21-2.

51. C. pén., art. 433-23-1.

Elle peut être prononcée, soit à titre définitif, soit pour une durée maximale de dix ans. Précisons qu'en vertu du régime général de cette peine et de sa nécessaire compatibilité avec le droit au respect de la vie privée et familiale, elle ne peut être prononcée à l'encontre d'une personne qui vit en France depuis l'âge de treize ans, ni à l'encontre d'une personne qui réside habituellement en France depuis plus de vingt ans, ni à l'encontre d'une personne bénéficiant d'un titre de séjour pour motif humanitaire, ni, enfin mais à des conditions plus strictes, à l'encontre d'une personne mariée à une personne de nationalité française ou parent d'enfants français⁵².

Alors que la peine d'interdiction du territoire français est réservée aux délinquants de nationalité étrangère, la peine complémentaire d'interdiction de paraître dans certains lieux précisés par la juridiction peut être prononcée à l'encontre de toute personne, quelle que soit sa nationalité, pour peu qu'elle soit encourue pour l'infraction commise. Elle fait ainsi son entrée dans la loi du 9 décembre 1905 et peut être prononcée en répression de toute infraction prévue aux articles 25 et suivants de cette loi, pour une durée de trois ans au plus⁵³. Elle peut dès lors toucher le ministre du culte ou toute autre personne responsable. On imagine aisément que le législateur a ainsi voulu permettre au juge de priver les personnes de fréquenter certains lieux de culte ou locaux où s'exerce une activité cultuelle. La formulation retenue par l'article 36-1 de la loi de 1905 fait même de cette peine une peine complémentaire obligatoire, dès lors que le principe réside dans son prononcé, et qu'une motivation spéciale est nécessaire pour faire échapper l'auteur à un tel prononcé.

L'article 36-2 complète le dispositif, introduisant un lien criminologiquement erroné et politiquement dangereux, entre l'exercice d'un culte et la pratique d'une activité terroriste, en prévoyant qu'une personne condamnée pour une infraction terroriste ne peut diriger ou administrer une association cultuelle pendant une durée de dix ans⁵⁴ à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive. Juridiquement, cette peine complémentaire n'a pas sa place dans la loi de 1905 mais aux articles 422-1 et suivants du Code pénal, qui organisent la répression des infractions terroristes. L'amalgame ainsi créé au sein de l'une des « lois de la République⁵⁵ » est tragique.

52. C. pén., art. 131-30-2.

53. C. pén., art. 131-6, 12°.

54. Durée ramenée à cinq ans pour les délits de provocation et apologie du terrorisme et d'extraction, reproduction ou transmission de données apologétiques.

55. Par essence libérale: V. les critères relevés par le Conseil constitutionnel pour qu'un principe puisse être érigé au rang de PFRLR: Cons. const., 20 juill. 1988, n° 88-244 DC et 4 juill. 1989, n° 89-254 DC.

Quant à la peine complémentaire d'interdiction d'exercice, elle est notamment prévue en matière d'infractions à la police de l'enseignement privé hors contrat⁵⁶. Le directeur ou le représentant légal d'un tel établissement qui n'obtempère pas aux mises en demeure destinées à ramener son établissement dans le chemin des principes de la République encourt ainsi l'interdiction de diriger un établissement ou d'enseigner.

À côté d'une telle interdiction, la fermeture d'établissement était une peine complémentaire applicable en cas d'infraction à la police de l'enseignement privé hors contrat. La loi du 24 août 2021 la fait sortir du champ des peines complémentaires, pour en faire une sanction administrative aux mains du préfet. S'exprime alors un mouvement de complémentarité, voire de concurrence, entre la répression pénale et la répression para-pénale.

2.2. LA CONSOLIDATION PAR LA RÉPRESSION PARA-PÉNALE

On entend par répression para-pénale les mesures répressives ou vécues comme telles, qui n'ont pas la nature de peine. Ces mesures sont principalement les mesures de sûreté, les mesures de police et les sanctions administratives.

Les mesures de sûreté avaient été absorbées, dans le Code pénal de 1992, par la catégorie des peines complémentaires, pour être soumises aux principes du droit pénal (légalité, judiciarité, non-rétroactivité, nécessité, proportionnalité). Au tournant des années 2000, elles ont fait leur réapparition dans la lutte contre les infractions sexuelles puis le terrorisme, afin notamment de prolonger la répression pénale pour des motifs tirés de la dangerosité de la personne condamnée, après qu'elle a purgé sa peine⁵⁷. Elles s'inscrivent ainsi dans une logique préventive assumée, une logique de défense sociale, au sens où l'entendait Ferri, qui distinguait le droit de punir de l'État, de son droit à se défendre⁵⁸.

56. C. pén., art. 227-17-1. Conformément à l'article 131-6 11°, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle peut être prononcée pour une durée maximale de cinq ans.

57. Sur ces mesures, J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », in Ch. LAZERGES et G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, PUF, 2011, p. 49-78.

58. « N'a aucune solidité l'objection si commune qu'une fois niée la liberté morale de l'homme, disparaît en lui toute responsabilité morale (et cela est vrai) et avec celle-ci tout droit de punir dans la société (et cela n'est pas vrai). Certes il n'y a plus le droit de châtier et de punir dans le sens mystique du mot; mais il y a toujours le droit de l'État à se défendre » : E. FERRI, *La sociologie criminelle*, Paris, Dalloz, 3^e éd. 2004 [1893], p. 337.

En matière terroriste, les mesures de sûreté applicables découlent principalement⁵⁹ de l'inscription au Fichier judiciaire automatisé des infractions terroristes (FIJAIT), créé par la loi sur le renseignement du 24 juillet 2015⁶⁰ qui avait légitimé et organisé un régime de surveillance post-pénale. En vertu de ce dispositif, les personnes condamnées (même de façon non définitive), déclarées irresponsables pour cause de trouble mental ou mises en examen si le juge d'instruction l'ordonne pour une infraction terroriste⁶¹ étaient astreintes, à titre de mesure de sûreté, pendant une durée de dix ans à compter de leur libération, à diverses obligations de déclaration : justification d'adresse tous les trois mois, déclaration de changement d'adresse, déclaration de déplacement à l'étranger au moins quinze jours avant. Jusqu'à présent, l'inscription au FIJAIT, si elle était presque systématique, n'était pas automatique mais résultait d'une décision de la juridiction ou du procureur. En revanche, l'inscription au FIJAIT emportait automatiquement application des mesures de sûreté.

La loi du 24 août 2021, qui se présente ainsi implicitement comme une énième loi antiterroriste, modifie ce dispositif. Désormais, l'inscription au FIJAIT est automatique, y compris pour les personnes condamnées pour des faits de provocation ou d'apologie du terrorisme⁶² – sauf décision spécialement motivée de la juridiction. En revanche, la loi dissocie l'inscription dans le fichier et l'infliction des mesures de sûreté, en prévoyant que les personnes poursuivies ou condamnées pour apologie, provocation ou violation des mesures de police (interdictions d'entrée ou de sortie du territoire, mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance dites MICAS) ne seront pas astreintes aux obligations de déclaration. Deux régimes de sûreté post-pénaux émergent donc : pour le terrorisme dit de basse intensité (parfois

59. S'y ajoute aujourd'hui la mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion, créée par la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 : CPP, art. 706-25-16.

60. CPP, art. 706-25-3 et s. Sur cette loi, R. PARIZOT, « Surveiller et prévenir : à quel prix ? », *JCP G* 2015, 1077.

61. À l'exception des délits de provocation ou apologie du terrorisme (C. pén., art. 421-2-5), de soustraction ou d'extraction de données destinée à entraver les procédures de blocage des sites (C. pén., art. 421-2-5-1) ou encore des délits prévus aux art. L. 224-1 et L. 225-7 du Code de la sécurité intérieure et résultant de la violation des interdictions administratives de sortie ou du contrôle au retour sur le territoire imposés dans le cadre de la surveillance des « velléitaires » ou des « *returnees* » du djihad.

62. Infractions traditionnellement considérées comme relevant des abus de la liberté d'expression et pas du phénomène terroriste, dont la loi transforme la signification criminologique (tout apologue est un terroriste). La loi du 24 août 2021 en tire d'ailleurs la conséquence, faisant désormais de l'apologie du terrorisme un motif de rejet ou de retrait du statut de réfugié (CESEDA, art. L. 511-7).

réduit à une radicalisation idéologique⁶³), un fichage exclusif; pour le terrorisme de moyenne ou haute intensité, un fichage doublé d'une surveillance.

La lutte contre le terrorisme alimente d'autres mesures de sûreté, comme l'incapacité d'exercer une fonction quelconque de direction ou d'être employé à des fonctions didactiques, introduite dans le Code de l'éducation à l'encontre de toute personne condamnée pour un crime ou un délit à caractère terroriste⁶⁴. Là encore, il faut regretter que cette mesure n'ait pas été introduite au sein des dispositions antiterroristes répressives du Code pénal, au moins dans un but de centralisation et d'intelligibilité du dispositif (C. pén., art. 422-1 et s.).

On le voit, la mesure de sûreté entretient des rapports très étroits avec les mesures de police administrative et sanctions administratives, ressources répressives également mobilisées par la loi du 24 août 2021. À ce titre, on relève par exemple que la polygamie est instaurée comme motif de retrait des titres de séjour, de décision portant obligation de quitter le territoire français et d'expulsion⁶⁵.

Le Conseil constitutionnel a toutefois censuré le très large article 26 de la loi qui était, lui aussi, au cœur du projet politique, et qui permettait de subordonner le séjour d'un étranger en France à l'absence de manifestation d'un rejet des principes de la République. Stupéfiante motivation du Conseil qui constate – sans en tirer la conséquence que l'ensemble de la loi n'est que cavaliers législatifs, dès lors qu'elle n'a pas d'objet!: «Toutefois, s'il est loisible au législateur de prévoir des mesures de police administrative à cette fin, il n'a pas, en faisant référence aux "principes de la République", sans autre précision, et en se bornant à exiger que la personne étrangère ait "manifesté un rejet" de ces principes, adopté des dispositions permettant de déterminer avec suffisamment de précision les comportements justifiant le refus de délivrance ou de renouvellement d'un titre de séjour ou le retrait d'un tel titre. Dès lors, les dispositions contestées méconnaissent l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁶⁶.»

Au titre des sanctions administratives, l'article 53 de la loi modifie substantiellement le régime de la fermeture des établissements d'enseignement privés hors contrat: jusqu'alors, l'établissement privé hors contrat qui refusait

63. J. ALIX, «Radicalisation et droit pénal», RSC 2020, p. 769.

64. L. 24 août 2021, art. 54 modifiant les art. L. 444-6, L. 445-1, L. 731-7 et L. 911-5 C. éduc.

65. L. 24 août 2021, art. 25 modifiant les art. L. 412-6, L. 435-1 et L. 435-2 CESEDA.

66. Cons. const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, cons. 54 et 55.

de se soumettre aux mises en demeure qui lui étaient faites faisait l'objet d'un signalement au procureur de la République, ouvrant la voie à une procédure judiciaire et au prononcé de la fermeture de l'établissement comme peine complémentaire. Désormais, la compétence est transférée au préfet et la nature de la fermeture s'en trouve modifiée, qui prend la forme de la sanction administrative du non-respect des obligations imposées. La sanction pénale n'intervient plus qu'en second temps, accessoire à la sanction administrative qu'elle renforce en cas de refus de fermer l'établissement.

On retrouve alors un mouvement déjà engagé de concurrence ou, plus souvent, de complémentarité des mesures répressives, qu'elles soient pénales ou administratives. Peines, mesures de sûreté, mesures de police administrative et sanctions administratives sont entremêlées pour former un maillage étroit de contrôle autour de certaines personnes ou de certaines activités, participant à l'émergence d'un *continuum* répressif au sein duquel s'opère une fusion des répressions pénales et administratives. Une telle fusion alimente l'émergence d'un droit répressif de la sécurité dont le déploiement au sein des activités de culte et d'enseignement⁶⁷ interroge : une telle répression est-elle conforme aux « principes de la République » ?

67. Elle était jusqu'à présent largement circonscrite à la lutte contre le terrorisme, voire les infractions sexuelles, ou contre l'immigration : J. ALIX, « Répression administrative et répression pénale : l'émergence d'un continuum répressif », *Savoir/Agir*, n° 3, 2021, p. 39-46.

Le droit des étrangers : réacteur ou incubateur de la loi « séparatisme » ?

Serge SLAMA

Université Grenoble-Alpes, Centre de recherches juridiques (CRJ)

RÉSUMÉ

L'apport de la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République au droit des étrangers est assez faible, dans la mesure où cette loi se contente, pour l'essentiel, de conforter ou généraliser des clauses déjà existantes (réserve générale de non-polygamie, extension de la clause d'exclusion ou de retrait du statut de réfugié). Si le droit des étrangers n'est pas central dans la loi « séparatisme », il est en revanche possible d'appréhender le droit des étrangers comme un laboratoire ou un incubateur de cette loi.

ABSTRACT

The contribution to immigration law of the law of 24 August 2021 reinforcing respect for the principles of the Republic is quite minor, insofar as this contribution is mostly limited to consolidate or generalize provisions that already exist (general reservation of non-polygamy, extension of the clause on exclusion or withdrawal of refugee status). Although immigration law issues are not central to the law on “separatism”, it is nevertheless possible to see immigration law as a laboratory or incubator of this law of 2021.

La loi « séparatisme » emprunte-t-elle plus au droit des étrangers¹ qu'elle ne laisse une empreinte sur ce droit ?

D'un point de vue quantitatif, la seule lecture de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République suffit à se rendre compte que seule une poignée de ses dispositions (5 sur 103 articles) modifient le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Et encore, le Conseil constitutionnel a censuré, en raison de son imprécision, l'article 26 de ce texte².

Vraisemblablement dans la perspective ne pas rouvrir la boîte de Pandore d'un débat général sur l'immigration à quelques mois des élections présidentielles³, la loi « séparatisme » modifie donc assez peu le CESEDA et se contente de se focaliser sur quelques-unes des vieilles antennes du droit des étrangers depuis une trentaine d'années qui ont peu de portée pratique, mais une forte charge symbolique.

D'un point de vue substantiel, l'apport de la loi du 24 août 2021 au droit des étrangers n'est guère plus important. En effet, cette loi se contente, pour l'essentiel, de généraliser des clauses déjà existantes dans le CESEDA (clauses de non-polygamie et d'exclusion ou de retrait d'une protection internationale, etc.).

Cette faible présence du droit des étrangers dans la loi du 24 août 2021 est plutôt rassurante. En effet, on pouvait craindre que l'amalgame entre islamisme et immigration soit fait lorsque le président de la République, Emmanuel Macron, a désigné dans son discours de Mulhouse le 18 février 2020 comme « ennemi » le « séparatisme », c'est-à-dire « ce phénomène que nous observons depuis des décennies qui est une volonté de quitter la République, de ne plus en respecter les règles, d'un mouvement de repli qui, en raison de croyances et d'appartenances, vise à sortir du champ

1. Même si les droits des étrangers, de l'asile et de la nationalité constituent formellement et substantiellement des droits distincts, par souci de simplification ces droits sont appréhendés ici sous la même étiquette réductrice de « droit des étrangers ». V. S. SLAMA, « Le droit d'asile : un droit des étrangers comme les autres ? Histoire d'un mariage tumultueux », in C. BRICE-DELAJOUX (dir.), *Droit des étrangers, droit d'asile : entre attraction et répulsion*, Paris, Pédone, 2021, p. 23-46.
2. Cons. const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, *Loi confortant le respect des principes de la République*, cons. 54.
3. V. TCHEN, « Étrangers – Les mystères des “principes de la République” en droit des étrangers », *JCP G* 2021, 891. V. aussi V. BAUDET-CAILLE, « Titres de séjour : conséquences de la loi confortant le respect des principes de la République », *Dictionnaire permanent Droit des étrangers*, sept. 2021.

républicain⁴ ». Toutefois, dans le même discours, il se voulait rassurant sur ce point en estimant que :

« nous pouvons avoir dans la République française des communautés. Selon le pays d'où on vient, chacun se revendique d'ailleurs selon la communauté à laquelle il appartient. [...] Simplement, ces appartenances ne doivent jamais valoir soustraction à la République. Elles s'ajoutent en quelque sorte. Elles sont une forme d'identité en plus qui est compatible avec la République et il ne s'agit pas ici de les stigmatiser. [...] on peut avoir des origines étrangères auxquelles on tient et qui relèvent d'une culture, d'un imaginaire, de choses qui sont importantes, tout en étant pleinement Françaises et Français et dans la Nation. Le problème que nous avons, c'est quand au nom d'une religion ou d'une appartenance, on veut se séparer de la République, donc ne plus en respecter les lois et donc qu'on menace la possibilité de vivre ensemble en République à cet égard, qu'on en sort soi-même [...] »⁵.

Du reste, le terme « immigration » n'est pas utilisé par les rapporteurs du texte à l'Assemblée⁶ comme au Sénat⁷.

Le présent propos sur le droit des étrangers comme moteur ou réacteur de la loi « séparatisme » pourrait donc être assez sommaire tant sa place n'est – heureusement – pas centrale dans la loi du 24 août 2021 et ne fait que conforter des clauses déjà existantes (1). Mais, en inversant la perspective, il est possible d'appréhender le droit des étrangers comme un laboratoire ou un incubateur de cette loi (2).

1. LE FAIBLE APPORT DE LA LOI DU 24 AOÛT 2021 AU DROIT DES ÉTRANGERS : UNE LOI CONFORTANT DES CLAUSES EXISTANTES

Pour l'essentiel⁸, la loi du 24 août 2021 étend des clauses déjà existantes en généralisant les clauses de non-polygamie pour détenir un titre

4. « Protéger les libertés en luttant contre le séparatisme islamiste », conférence de presse du Président Emmanuel Macron à Mulhouse, 18 févr. 2020 : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/02/18/protoger-les-libertes-en-luttant-contre-le-separatisme-islamiste-conference-de-presse-du-president-emmanuel-macron-a-mulhouse> [consulté le 31 janv. 2022].

5. *Ibid.*

6. Rapp. AN, n° 3797, 25 janv. 2021.

7. Rapp. Sénat, n° 454, 18 mars 2021.

8. À noter aussi que l'article 9 de la loi du 24 août 2021 prévoit que si la personne coupable du délit de séparatisme est étrangère il est possible à la juridiction pénale de prononcer une interdiction du territoire français (C. pén., art. 433-3-1).

de séjour introduites en 1993 (1.1) et d'exclusion ou de retrait du statut de réfugié au délit d'apologie publique d'acte de terrorisme (1.2). Elle entendait aussi, jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel s'y oppose en raison de son imprécision, permettre aux préfets de refuser ou de retirer tout document de séjour à l'étranger ayant « manifesté un rejet » des principes de la République (1.3).

1.1. GÉNÉRALISATION DE LA CLAUSE DE NON-POLYGAMIE À L'ENSEMBLE DES TITRES DE SÉJOUR

Comment faire du neuf avec du vieux ? Si l'épouvantail de la polygamie comme facteur de non-intégration, de contrariété aux valeurs de la République, ou, désormais, de « séparatisme »⁹, est régulièrement agité dans le débat public depuis une trentaine d'années¹⁰, l'importance de ce phénomène au sein des populations immigrées n'est établie par aucune donnée tangible.

Les promoteurs de la loi « séparatisme » n'ont pas résisté à la tentation d'instrumentaliser des statistiques bricolées pour justifier l'introduction d'une réserve générale de non-polygamie dans le CESEDA. Ainsi, le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale, Florent Boudié, reconnaît dans son rapport que « depuis 2015, moins de quatre condamnations ont été prononcées en moyenne chaque année au titre du délit de polygamie et aucune condamnation n'a été prononcée au titre du délit de célébration de mariage par un officier public connaissant l'existence d'un mariage précédent » et qu'« il n'est pas possible de disposer de données statistiques » sur la polygamie en France¹¹. Pourtant, reprenant une statistique avancée dans l'étude d'impact, le rapporteur affirme, sans davantage de précisions, que « 16 000 à 20 000 familles polygames vivraient en France¹² ». Cette évaluation approximative est ensuite reprise régulièrement, sans davantage de précautions, dans les débats parlementaires et même dans des articles académiques¹³.

9. Pourtant, un joueur qui a porté le maillot de l'équipe de France de football, Patrice Evra, né à Dakar d'un père sénégalais et d'une mère cap-verdienne, a vingt-quatre frères et sœurs de mères différentes (« Les six vies de Patrice Evra », *L'Équipe*, 5 juin 2015).

10. N. FERRÉ, « Quand la polygamie est entrée dans la loi », *Plein droit*, n° 4, 2001, p. 8.

11. Rapp. AN, n° 3797, précit., p. 146.

12. *Ibid.*

13. L. LEVENEUR, « La loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République : les droits des personnes », *RFDA* 2021, p. 831, note 10.

Dans la discussion au Sénat, la statistique est même attribuée par une sénatrice aux « chiffres de l'ONG GAMS, le Groupe pour l'abolition des mutilations sexuelles féminines¹⁴ ». Mais en réalité cette statistique n'est pas réellement le fait du GAMS, mais de... Marlène Schiappa, ministre déléguée chargée de la Citoyenneté, dans un avant-propos d'un guide à l'attention des élus, réalisé en collaboration avec le ministère de l'Intérieur¹⁵.

Mais d'où vient cette statistique ? Elle figure bien dans l'étude d'impact du projet de loi qui précise à titre liminaire que « le nombre d'étrangers potentiellement concernés est difficile à évaluer, en l'absence de statistiques relatives à cette pratique » et qu'« un rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme du mois de mars 2018 [sic] insiste sur "l'impossibilité, aujourd'hui, de donner le nombre exact de familles polygames en France" ». Sans donner les références précises de ce rapport, l'étude d'impact rapporte que « l'estimation raisonnable [sic] de la présence de familles polygames en France pourrait être de 16 000 à 20 000, toutes situations confondues¹⁶ ».

Mais la consultation du site de la CNCDH n'a permis d'identifier aucun rapport de mars 2018 évoquant de près ou de loin la polygamie. En réalité, la phrase citée dans l'étude d'impact est issue d'une Étude sur la situation de la polygamie en France de la CNCDH de mars... 2006¹⁷.

Ce rapport indique bien « l'impossibilité, aujourd'hui, de donner un nombre exact » de familles polygames en France et que « seule une estimation peut, donc, être réalisée¹⁸ ». Or, en l'absence de données, l'évaluation n'est réalisée que sur la seule base d'une note d'octobre 1996¹⁹, fondée sur des données parcellaires de 1992-1993²⁰, qui avait abouti à une « fourchette raisonnable du nombre de familles polygames, reconnues comme telles [...] [qui] pourrait se situer entre 8 000 et 10 000 ménages » et « au total », en prenant en compte les familles en situation irrégulière, « et s'entourant

14. Sénat, compte rendu intégral de la séance du 2 avril 2021.

15. MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, *Protéger les femmes des pratiques traditionnelles néfastes*, oct. 2021 : <https://federationgams.org/2021/10/14/8524> [consulté le 31 janv. 2022].

16. Étude d'impact, projet de loi confortant le respect des principes de la République, 8 déc. 2020, p. 160.

17. CNCDH, *Étude sur la situation de la polygamie en France*, 9 mars 2006 : <https://www.cncdh.fr/fr/publications/etude-sur-la-situation-de-la-polygamie-en-france> [consulté le 31 janv. 2022].

18. *Ibid.*, p. 10.

19. B. DE LA CHAPELLE, « Bref essai d'évaluation du phénomène polygame en France », Paris, Direction des populations et de la migration, oct. 1996.

20. CNCDH, précit., p. 12-13.

des précautions liées à l'incapacité de mener une enquête exhaustive, l'estimation raisonnable [...] pourrait être de 16 000 à 20 000, toutes situations confondues²¹ ».

Ainsi, suivant une méthodologie impressionniste assez révélatrice de la fabrique actuelle des études d'impact²², la nécessité de l'adoption d'une réserve générale de non-polygamie en 2021 est justifiée par le Gouvernement par des statistiques d'un rapport, non sourcé, de 2006 reprenant une évaluation approximative d'une étude parcellaire de 1996 sur la base de données de 1992-1993, soit juste avant l'introduction de la première clause de non-polygamie dans le statut des étrangers par la « loi Pasqua II »... Par ailleurs, preuve supplémentaire que les pouvoirs publics n'ont aucune idée de l'ampleur réelle du phénomène polygamique, les rapports parlementaires ne font état d'aucun bilan sur le nombre de titres de séjour refusés ou retirés pour ce motif – ce qui tend à confirmer que le phénomène est totalement marginal ou invisibilisé.

Cette fabrique de la polygamie comme cause du séparatisme chez les populations immigrées est d'autant moins justifiée que, comme le rappellent les rapports parlementaires, le caractère monogamique du mariage est un principe d'ordre public du droit français²³. Expressément prohibé par l'article 147 du Code civil, le mariage polygamique est sanctionné par l'annulation du mariage irrégulier. Ainsi, lorsqu'un étranger souhaite se marier en France, on lui demande de fournir un certificat de capacité à mariage, qui indique s'il est déjà marié ou non dans son pays.

Certes, dans la mesure où, par application de règles de droit international privé (C. civ, art. 202-1), pour les mariages à l'étranger c'est le statut personnel de l'individu qui prévaut, il peut être reconnu des effets au mariage polygamique valablement célébré à l'étranger²⁴ et le Conseil d'État avait pu valider la possibilité d'un regroupement familial²⁵.

-
21. V. l'annexe 9 de l'étude de la CNCDH « Éléments pour le calcul de l'estimation du nombre de familles polygames » qui se réfère à la note de Béatrice de la Chapelle et « sur les estimations de Christian Poiret de 1992 qui donne une fourchette haute de 15 000 familles et Michèle Tribalat de 1993 qui estime le nombre de familles à 9 000 ».
 22. Th. PERROUD, « Les études d'impact dans l'action publique en France : perspective critique et propositions », *Politiques et management public*, n° 3-4, 2018, p. 215-242.
 23. Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1993, n° 91-19.310.
 24. V. le rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, *Étude sur l'ordre public*, Paris, La Documentation française, 2014, p. 129.
 25. CE, ass., 11 juill. 1980, n° 16596.

Toutefois, dès 1993, la « loi Pasqua II²⁶ » a prohibé la délivrance d'une carte de résident à un étranger vivant en état de polygamie ou à ses conjoints, imposé le retrait d'une telle carte délivrée en violation de ces dispositions et interdit à un étranger polygame, résidant en France avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial à son autre conjoint étranger ainsi qu'à leurs enfants. En 1997, la « loi Debré²⁷ » a prohibé la délivrance d'une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » à l'étranger qui vit en France en état de polygamie dans plusieurs cas de délivrance de plein droit pour motifs familiaux²⁸. Le Conseil constitutionnel a validé ces dispositions en relevant que « les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie²⁹ ».

Par la suite, la clause de non-polygamie n'a cessé d'être étendue aussi bien aux décisions d'admission exceptionnelle au séjour ou encore s'agissant de la possibilité de déroger aux exceptions à l'éloignement du territoire français. De même, en droit de la nationalité, la « situation effective de polygamie » a été introduite comme constitutive du défaut d'assimilation faisant obstacle à l'acquisition de la nationalité française à raison du mariage pour un conjoint étranger de Français (C. civ., art. 21-4). En outre, le Conseil d'État a constamment jugé que les stipulations de l'article 8 de la CEDH (vie privée et familiale) ne peuvent être utilement invoquées par les personnes vivant en situation de polygamie³⁰.

Ainsi, les seuls cas résiduels pour lesquels la réserve de polygamie ne s'appliquait pas concernaient des titres de séjour liés à des motifs non familiaux et pour des séjours non durables (immigration professionnelle, études, stages, visiteurs...³¹).

Par suite, c'est sans guère de débats que la loi du 24 août 2021 introduit, en son article 25, une réserve générale de non-polygamie pour accéder à un

26. L. n° 93-1027, 24 août 1993, relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

27. L. n° 97-396, 24 avr. 1997, portant diverses dispositions relatives à l'immigration.

28. Il s'agit systématiquement de situations de compétence liée, c'est-à-dire que le préfet ne peut délivrer de titre de séjour à un étranger en situation de polygamie ou doit le retirer.

29. Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 32 et 77 ; 22 avr. 1997, n° 97-389 DC, cons. 37.

30. CE, ass., 14 mars 2001, n° 203984 ; CE, 29 déc. 1995, n° 160904. Cette jurisprudence est convergente avec celle de la CEDH et le droit de l'Union européenne (dir. 2003/86/CE, 3 oct. 2003, art. 4).

31. Étude d'impact, précit., p.159 ; Rapp. AN, n° 3797, précit., p. 144.

titre de séjour et prévoit le retrait du titre pour tout étranger vivant en état de polygamie (CESEDA, art. L. 412-6). Cette clause générale a le mérite de clarifier le CESEDA puisqu'elle n'est plus mentionnée pour chaque titre de séjour, mais comme « condition générale de séjour », au même titre que la clause d'ordre public de l'article L. 412-5³². Elle a aussi été intégrée comme clause générale d'exclusion de la protection contre une mesure d'éloignement (CESEDA, art. L. 611-3 pour les OQTF : obligations de quitter la France ; art. L. 631-2 et L. 631-3 pour l'expulsion).

En revanche était critiquable le fait que la législation prévoyait que le conjoint (c'est-à-dire en réalité la conjointe) d'un étranger vivant en France en état de polygamie se voyait également retirer son titre de séjour³³. Fort heureusement, le travail parlementaire a amélioré le projet gouvernemental et étendu la protection accordée aux personnes – c'est-à-dire en réalité aux femmes étrangères – victimes d'une situation de polygamie. D'une part, complétant « l'édifice complexe³⁴ », développé loi après loi depuis la « loi Sarkozy » du 26 novembre 2003, la loi du 24 août 2021 prévoit, désormais, pour les titres de séjour délivrés aux conjoints de Français, que « la rupture de la vie commune n'est pas opposable lorsque l'étranger [sic : l'étrangère] a subi une situation de polygamie » (CESEDA, art. L. 423-5). S'il s'agit indéniablement d'une avancée, la portée de cette disposition sera nécessairement limitée : en effet un Français ne peut légalement conclure un mariage polygamique. Et un étranger qui aurait conclu un mariage polygamique avant de solliciter la nationalité française ne peut obtenir la naturalisation (défaut d'assimilation).

D'autre part, de manière plus constructive, sur amendement de la commission de l'Assemblée nationale, il a été expressément inscrit après la disposition sur la réserve générale de non-polygamie que le préfet doit tenir compte « du caractère non consenti » d'une situation de polygamie avant de statuer sur le droit de séjour « du [sic] conjoint d'un étranger » (art. L. 412-6, al. 2). Sans reconnaître de droit au maintien ou au renouvellement du titre de séjour, il est apparu nécessaire d'encadrer le pouvoir des

32. Les seuls qui ne sont pas concernés par cette clause générale mais par des clauses spécifiques rattachées à certains titres de séjour sont les ressortissants algériens en application des accords franco-algériens.

33. En 1997, le Conseil constitutionnel a écarté la possibilité de faire une application différenciée de ces dispositions entre les hommes et les femmes (n° 97-389 DC, précit., cons. 37).

34. V. TCHEN, art. cit., p. 1575. En 2020, seules 240 femmes étrangères ont bénéficié de ces dispositifs maintenant le droit au séjour en cas de rupture de la vie commune en raison de violences.

préfets afin de leur permettre de délivrer discrétionnairement un titre lors de l'examen du droit au séjour d'une épouse étrangère d'un polygame qui n'aurait « pas consenti à un mariage polygamique, y a consenti de manière forcée ou ignore la présence sur le territoire d'autres conjoints³⁵ ». Mais tous les commentateurs s'accordent à dire que, même s'il part d'une bonne intention, ce dispositif posera d'importants problèmes de preuve³⁶ et devrait donc connaître une faible effectivité.

1.2. REFUS OU RÉVOCATION DU STATUT DE RÉFUGIÉ POUR APOLOGIE DU TERRORISME

Le refus ou la révocation³⁷ du statut de réfugié des personnes condamnées en dernier ressort pour le délit d'apologie publique du terrorisme, lorsque leur présence constitue une menace grave pour la société française, a été introduit par la loi du 24 août 2021 à l'article L. 511-7 du CESEDA par la commission des lois du Sénat sur amendement d'un sénateur Les Républicains³⁸.

Ce dispositif a été adopté en réaction à une polémique³⁹ ayant entouré une décision du Conseil d'État du 12 février 2021⁴⁰ – ce qui l'avait amené, de manière assez inhabituelle, à publier un communiqué explicatif⁴¹. Par cette décision, le juge administratif suprême avait, avec raison, confirmé l'annulation par la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) d'une décision de révocation du statut de réfugié d'un ressortissant russe d'origine tchétchène condamné en France notamment pour apologie d'actes de terrorisme. En effet, dans la mesure où ce délit ne constitue pas légalement « un acte de

35. Rapp. AN, n° 4239, 9 juin 2021, p. 67.

36. V. TCHEN, art. cit. ; V. BAUDET-CAILLE, art. cit.

37. Lorsque le statut est refusé ou qu'il y est « mis fin » sur le fondement de ces dispositions, il ne s'agit pas d'un retrait de toute protection, notamment de la protection par ricochet, mais uniquement du retrait du statut, c'est-à-dire des droits associés à la qualité de réfugié. V. Th. FLEURY GRAFF, A. MARIE, *Droit de l'asile*, Paris, PUF, 2^e éd. 2021, n° 313 et s. V. CE, 27 mars 2021, n° 450395, 450402.

38. V. déjà la proposition de loi ajoutant l'acte d'apologie publique du terrorisme parmi les motifs fondant le refus et le retrait [sic] du statut de réfugié et supprimant la condition supplémentaire de l'existence d'une menace grave pour la société française: Ass. nat., n° 3961, 9 mars 2021.

39. « Droit d'asile: une décision du Conseil d'État provoque l'indignation de la droite sénatoriale, qui prépare une proposition de loi », *Public Sénat*, 25 févr. 2021.

40. CE, 12 févr. 2021, n° 431239.

41. « Retrait [sic] du statut de réfugié condamné pour "apologie d'un acte de terrorisme" : le Conseil d'État a appliqué la loi », 24 févr. 2021 : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/retrait-du-statut-de-refugie-condamne-pour-apologie-d-un-acte-de-terrorisme-le-conseil-d-etat-a-applique-la-loi> [consulté le 31 janv. 2022].

terrorisme⁴² » ou n'est pas puni d'une peine de dix ans d'emprisonnement, les conditions légales cumulatives pour « mettre fin » au statut n'étaient pas remplies.

À aucun moment de la discussion parlementaire, il n'a été fait état du fait que l'article L. 511-7 avait été introduit dans le CESEDA en transposition de l'article 14 de la directive « qualification » 2011/95/UE du 13 décembre 2011 qui prévoit que le refus ou la révocation du statut de réfugié ne peut intervenir que « lorsqu'il existe des motifs raisonnables de [...] considérer [l'intéressé] comme une menace pour la sécurité de l'État membre dans lequel il se trouve » (art. 14, al. 4 a) ou lorsqu'il a été condamné « en dernier ressort » pour un « crime particulièrement grave » et qu'il constitue une « menace pour la société de cet État membre » (art. 14, al. 4 b).

Certes, en soi, le seul fait qu'en droit français l'apologie publique du terrorisme soit qualifiée de délit par la loi pénale, et non de crime, ne suffit pas à écarter la qualification de « crime grave » qui est autonome⁴³. Toutefois, punie d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ou, si elle est commise en utilisant un service de communication au public en ligne, de sept ans de prison et 100 000 euros d'amende⁴⁴, l'apologie n'est pas appréhendée par le législateur français comme « particulièrement » grave. En outre, la notion de « crime grave », bien connue du droit des réfugiés, dépend de la nature de l'acte (ici des paroles), du dommage réellement causé, de la forme de la procédure employée pour engager des poursuites ou encore de la nature de la peine encourue⁴⁵.

Ainsi, selon toute vraisemblance, sauf à estimer qu'une condamnation pour apologie suffit à considérer qu'un réfugié constitue une « menace pour la sécurité de l'État membre⁴⁶ », la Cour de justice de l'Union européenne constatera, si elle est saisie de cette question, la contrariété de ces dispositions émanant de la loi du 24 août 2021 avec la directive 2011/95/UE...

42. V. Cons. const., 18 mai 2018, n° 2018-706 QPC, M. Jean-Marc R. [délit d'apologie d'actes de terrorisme].

43. CE, 29 déc. 2011, n° 439725.

44. C. pén., art. 421-2-5.

45. V. Th. FLEURY GRAFF, A. MARIE, *op. cit.*, n° 301. V. sur l'appréciation de la menace grave pour la société : CE, 18 nov. 2021, n° 441397.

46. Il suffirait alors qu'un réfugié kurde ou tamoul, ou à d'autres époques, basque espagnol ou nord-irlandais, exprime son soutien à la lutte armée dans son pays d'origine pour risquer une condamnation pour apologie publique du terrorisme et la révocation de son statut. Pour un ex., V. les romans de S. CHALANDON, *Mon traître* (Grasset, 2008) et *Retour à Killybegs* (Grasset, 2011).

En attendant, le ministère de l'Intérieur multiplie les expulsions d'étrangers condamnés pour ce motif après refus ou révocation de leur statut⁴⁷.

1.3. UNE NOUVELLE RÉSERVE GÉNÉRALE DE NON-REJET DES PRINCIPES DE LA RÉPUBLIQUE, CENSURÉE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

L'article 26 de la loi du 24 août 2021 envisageait d'introduire dans le CESEDA, comme condition générale de délivrance des titres de séjour, une nouvelle réserve selon laquelle le fait d'établir que l'étranger a « manifesté un rejet » des principes de la République aurait fait obstacle à la délivrance et au renouvellement de tout titre de séjour et aurait constitué un motif de retrait du titre de séjour octroyé. Ainsi pour résider légalement en France, un prêtre catholique intégriste étranger n'aurait pu désapprouver la séparation des Églises et de l'État, un prêtre anglican anglais rejeter la laïcité en privilégiant la primauté de la Couronne d'Angleterre, un juif orthodoxe américain le principe d'égalité homme-femme et un catholique orthodoxe russe la forme républicaine de gouvernement (et vice versa).

Mais face à l'imprécision de la référence aux « principes de la République », le juge constitutionnel a estimé ces dispositions contraires à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁴⁸. On relèvera qu'en 2016 le Conseil constitutionnel avait déjà été confronté à une formulation similaire puisque la « loi Sarkozy 2 » prévoyait que le regroupement familial pouvait être refusé si le demandeur « ne se conforme pas aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Il avait néanmoins validé cette formulation en la précisant par une réserve d'interprétation en estimant que « le législateur a entendu se référer aux principes essentiels qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France, pays d'accueil⁴⁹ ».

Si la loi du 24 août 2021 ne fait finalement que conforter des clauses déjà existantes dans le CESEDA, on peut se demander si, à rebours, le droit des étrangers n'a pas été un incubateur de la loi « séparatisme ».

47. « Un Tchétchène expulsé par la France est enlevé en Russie par les agents de Ramzan Kadyrov », *Le Monde*, 10 avr. 2021 ; « Plus de 600 étrangers radicalisés expulsés de France depuis 2018 », *Le Monde*, 5 sept. 2021. V. la mise en garde de la CEDH : « La CEDH demande à la France d'être plus vigilante avant d'expulser un Tchétchène vers la Russie », *Le Monde*, 15 avr. 2021 ; CEDH, « Expulsion d'un réfugié dont le statut a été révoqué » (aff. K.I. c. France, n° 5560/19), communiqué de presse, 15 avr. 2021.

48. Cons. const., 13 août 2021, précit., cons. 48-55.

49. Cons. const., 20 juill. 2006, n° 2006-539 DC, cons. 20. Par la suite, la formulation, essentiellement incantatoire, a été reprise dans le CESEDA (actuel art. L. 434-7 3°).

2. LE DROIT DES ÉTRANGERS COMME INCUBATEUR : UNE LOI REPRODUISANT DES DISPOSITIFS DU CESEDA

Lorsqu'on est spécialiste du droit des étrangers, on est rapidement frappé à la lecture de la loi du 24 août 2021, et des débats parlementaires, d'y trouver une dialectique commune à des discours tenus depuis une trentaine d'années à l'encontre des immigrés autour de l'idée de communautés étrangères inassimilables se développant en marge de la République, sous l'influence de traditions ou coutumes étrangères (le fameux « le bruit et l'odeur » chiraquien ou les « bonnes questions » posées par Jean-Marie Le Pen de Laurent Fabius). Comme le montrent les travaux d'historiens de l'immigration⁵⁰, cette dialectique n'est pas nouvelle. Elle était particulièrement développée au moment du débat sur le droit du sol entre 1986 et 1993 avec les travaux de la commission Marceau Long⁵¹. Elle a été accrue avec la création sous la présidence de Nicolas Sarkozy du ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité nationale⁵², mais aussi par le discours de Grenoble de juillet 2010 sous l'influence de Maxime Tandonnet et Patrick Buisson.

Au-delà des discours, et sans pouvoir être exhaustif, il existe des résonances assez fortes entre plusieurs dispositifs de la loi « séparatisme » et des dispositifs déjà en œuvre en droit des étrangers, en particulier le « contrat d'accueil et d'intégration » (devenu « contrat d'intégration républicaine ») (2.1), ou encore les contrôles sur les mariages mixtes ou l'acquisition de la nationalité française (2.2).

2.1. LA DIALECTIQUE CONVERGENTE DES CONTRATS D'ADHÉSION RÉPUBLICAINS

Une des dispositions phares de la loi du 24 août 2021, mais aussi parmi les plus critiquées⁵³, est son article 12⁵⁴ qui impose aux associations et

50. G. NOIRIEL, *Immigration, antisémitisme et racisme en France (XIX^e-XX^e siècle) : discours publics, humiliations privées*, Paris, Fayard, 2007.

51. *Être français aujourd'hui et demain*, rapport remis au Premier ministre par la Commission de la nationalité présidée par M. Marceau Long, Paris, La Documentation française, 1988.

52. « L'appel contre le ministère de l'identité nationale s'étend », *Le Monde*, 11 janv. 2010.

53. « Liberté (d'association), j'écris ton nom » [édito], *Plein droit*, n° 128, 2021 ; GISTI, « Nous refusons une laïcité détournée contre nos libertés », 16 déc. 2021 : <http://www.gisti.org/spip.php?article6711> [consulté le 31 janv. 2022] ; « Loi séparatisme : une grave atteinte aux libertés associatives », *Libération*, 21 janv. 2021 (tribune rédigée à l'initiative des membres de la Coalition pour les libertés associatives).

54. L. n° 2021-1109, 24 août 2021, art. 12 ; D. n° 2021-1947, 31 déc. 2021, pris pour l'application de l'article 10-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et approuvant le

fondations sollicitant une subvention publique la signature d'un contrat d'engagement républicain⁵⁵. Par ce contrat, ou plutôt ce pseudo-contrat, les associations et fondations concernées s'engagent, au risque de perdre ou de ne pas bénéficier de la subvention :

« 1° À respecter les principes de liberté, d'égalité, de fraternité et de dignité de la personne humaine, ainsi que les symboles de la République [...] ;

2° À ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République ;

3° À s'abstenir de toute action portant atteinte à l'ordre public ».

Or, on ne peut qu'être frappé par la convergence entre ce contrat d'engagement républicain (CER) et le contrat d'intégration imposé aux étrangers appelés à se maintenir durablement en France dans le cadre d'un « parcours personnalisé d'intégration républicaine » qui a précisément pour objectif la compréhension « des valeurs et principes de la République » (CESEDA, art. L. 413-2).

Cette « injonction à l'intégration⁵⁶ » a fait son entrée dans le statut des étrangers avec la « loi Sarkozy » de 2003⁵⁷. D'abord adopté à titre expérimental, le contrat d'accueil et d'intégration (CAI) a été rendu obligatoire à partir de 2007⁵⁸ pour l'accès à certains titres de séjour. Il a ensuite été progressivement étendu à tous les titres de séjour permettant de se maintenir durablement en France. Il repose sur le principe de « l'engagement personnel de l'étranger à respecter les principes qui régissent la République française, le respect effectif de ces principes et une connaissance suffisante de notre langue⁵⁹ ». Nicolas Sarkozy dénonçait alors les « communautés issues de l'immigration [qui] s'organisent pour résister à l'intégration républicaine⁶⁰ ». En 2016, la « loi Valls⁶¹ » l'a transformé en « contrat d'intégration

contrat d'engagement républicain des associations et fondations bénéficiant de subventions publiques ou d'un agrément de l'État.

55. V. la contribution d'Elsa Forey dans ce volume, p. 41-57.

56. D. LOCHAK, « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration », *Cultures & Conflits*, n° 64, 2006, n° 51.

57. L. n° 2003-1119, 26 nov. 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

58. L. n° 2006-911, 24 juill. 2006, relative à l'immigration et à l'intégration.

59. Déclaration de N. Sarkozy, ministre de l'Intérieur, sur les objectifs et les mesures du projet de loi sur l'immigration « choisie » et l'intégration, et le bilan de la politique d'immigration depuis la loi de 2003, Ass. nat., 2 mai 2006.

60. D. LOCHAK, art. cit.

61. L. n° 2016-274, 7 mars 2016, relative au droit des étrangers en France.

républicaine » (CIR) en renforçant les obligations de formation, notamment les exigences s'agissant du niveau de langue française.

Par ce contrat, l'étranger admis pour la première fois au séjour en France et qui souhaite s'y maintenir durablement « s'engage dans un parcours personnalisé d'intégration républicaine visant à favoriser son autonomie et son insertion dans la société française » (CESEDA, art. L. 413-2). Depuis la « loi Collomb » de 2018⁶², les objectifs de ce parcours sont « la compréhension » par l'étranger primo-arrivant « des valeurs et principes de la République », l'apprentissage de la langue française, l'intégration sociale et professionnelle et l'accès à l'autonomie. Concrètement, il comprend une « information sur la vie en France », une formation linguistique et une formation civique portant d'une part sur « les institutions françaises, les valeurs de la République, notamment la liberté, l'égalité, dont l'égalité entre les hommes et les femmes, la fraternité, la laïcité, l'État de droit, les libertés fondamentales, la sûreté des personnes et des biens, l'exercice de la citoyenneté, des droits et devoirs liés à la vie en France, l'histoire et les principales caractéristiques géographiques de la France, ainsi que les grandes étapes de la construction européenne » et d'autre part, « la société française et la vie en France, notamment les démarches d'accès à l'emploi, à la formation et aux services publics, le logement, la santé, les responsabilités et les dispositifs de soutien liés à la parentalité, la petite enfance et ses modes de garde, l'école, l'orientation scolaire et la vie associative » (CESEDA, art. R. 413-12⁶³).

Mais en réalité, comme le CER pour les associations, le CIR pour les étrangers n'a de contractuel que le nom⁶⁴ : il ne repose ni sur la négociation ni sur l'échange de volonté, mais uniquement sur des obligations imposées à l'étranger de suivre des formations « prescrites par l'État », c'est-à-dire concrètement par l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII). Et l'étranger signataire du CIR s'engage non seulement « à suivre les formations et dispositifs d'accompagnement qui lui sont prescrits », mais aussi « à respecter les valeurs et principes de la République » (art. L. 413-2). Il doit même suivre ces formations « avec assiduité et sérieux » et ne pas avoir

62. L. n° 2018-778, 10 sept. 2018, pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

63. D. n° 2020-1734, 16 déc. 2020.

64. V. TCHEN, « Contractualisation du droit des étrangers et disparité de traitement », in E. SAULNIER-CASSIA, V. TCHEN (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Paris, Dalloz, 2002, p. 132 ; C. COURNIL, Y. DEPIGNY, « Contractualisation et externalisation de la politique migratoire », *RDP* 2008, p. 1045 ; O. LECUCQ, « Condition d'intégration et regroupement familial », *AJ fam.* 2009, p. 283.

« manifesté de rejet des valeurs essentielles de la société française et de la République » (art. R. 413-4). À la fin du CIR, est effectué un entretien-bilan (art. R. 413-14).

En cas de non-respect de ces obligations, le préfet peut résilier le CIR (art. R. 413-4). L'accès à la carte pluriannuelle est lui aussi conditionné à l'assiduité et au sérieux de la participation aux formations et au fait de ne pas avoir « manifesté de rejet des valeurs essentielles de la société française et de la République » (art. L. 433-4).

La « loi Hortefeux » de 2007⁶⁵ allait même plus loin puisqu'elle imposait aux membres de familles bénéficiaires d'un regroupement familial de « préparer leur intégration républicaine » avant même leur entrée sur le territoire français et, une fois entrés, il leur était imposé la signature avec l'État d'un contrat d'accueil et d'intégration « pour la famille » par lequel ils devaient suivre « une formation sur les droits et les devoirs des parents en France, ainsi [que] respecter l'obligation scolaire ». En cas de non-respect « caractérisé » des stipulations, le préfet pouvait saisir le président du conseil général en vue de la mise en œuvre du contrat de responsabilité parentale pouvant aboutir à une suspension des allocations familiales⁶⁶. Ces dispositions discriminatoires, pourtant validées par le Conseil d'État⁶⁷, n'ont jamais été réellement mises en œuvre et ont été abrogées en 2016⁶⁸.

Elles étaient néanmoins révélatrices d'une méfiance à l'égard des communautés issues de l'immigration, particulièrement des primo-arrivants et ce alors même que les flux d'immigration vers la France sont globalement stables et se diversifient et ne peuvent être réduits à la seule immigration maghrébine⁶⁹. Plus largement, les arguments utilisés pour justifier l'instauration du CAI/CIR sont assez convergents avec ceux justifiant le CER dans la loi « séparatisme »⁷⁰.

65. L. n° 2007-1631, 20 nov. 2007, relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

66. D. n° 2008-1115, 30 oct. 2008.

67. CE, 19 mai 2010, n° 323758, *Cimade et Gisti*.

68. L'article L. 413-1 du CESEDA a uniquement maintenu la mise à disposition de l'étranger qui souhaite s'installer durablement en France, dans le pays d'origine, d'« une information, dans une langue qu'il comprend, sur la vie en France ainsi que sur les droits et devoirs qui y sont liés ».

69. « Caractérisation des flux migratoires en France à partir des statistiques de délivrance de titres de séjour (1998-2013) », *Population*, n° 3, 2015, p. 487-524.

70. Concrètement il est possible de comparer le CIR que doivent signer les étrangers primo-arrivants (<https://www.ofii.fr/wp-content/uploads/2020/12/CIR-CONTRAT.pdf>) [consulté le 31 janv. 2022] et le CER prévu par le décret n° 2021-1947 du 31 décembre 2021.

2.2. CONTRÔLE SUR LES MARIAGES MIXTES OU L'ACQUISITION DE LA NATIONALITÉ FRANÇAISE

La loi du 24 août 2021 comprend un chapitre relatif « au respect des droits des personnes et à l'égalité entre les femmes et les hommes » avec diverses mesures tendant essentiellement à protéger la réserve successorale des enfants, à lutter contre les situations de polygamie (V. *supra*), à interdire les certificats de virginité ou encore à lutter contre les mariages fictifs ou forcés.

Dans ce dernier domaine, comme pour la lutte contre les mariages polygamiques, la loi « séparatisme » prolonge et conforte des dispositifs préventifs déjà existants en droit des étrangers depuis les années 1990. À vrai dire, la dialectique de méfiance à l'égard des couples mixtes n'est pas nouvelle. Déjà en 1938, un décret-loi « Daladier » subordonne la célébration d'un mariage avec un étranger à la domiciliation régulière en France car il avait été constaté « le nombre croissant des étrangers qui n'hésitaient pas, pour faire échec à des mesures d'éloignement, à contracter des mariages de pure forme, afin d'acquérir des attaches, françaises⁷¹ ». Ce même texte avait mis fin à l'acquisition automatique de la nationalité française par « la femme étrangère qui épouse un français » en la subordonnant à une « demande expresse, formulée par voie de déclaration souscrite avant la célébration du mariage » et écartait les femmes en séjour irrégulier ou en instance d'éloignement du bénéfice de cette déclaration⁷². À la Libération, il a même été introduit, pour certains étrangers en séjour temporaire, un système d'autorisation préalable à la célébration des mariages dans l'ordonnance du 2 novembre 1945⁷³. En 1993, la « loi Pasqua 2 » visait tout simplement à empêcher un sans-papiers de se marier en France, mais le Conseil constitutionnel l'a censurée comme contraire à la liberté du mariage⁷⁴.

71. D.-L., 12 nov. 1938, relatif à la situation et à la police des étrangers, art. 7 et 8.

72. *Ibid.*, art. 19. Dans son cours, Jean-Paulin Niboyet approuve cette réforme en estimant qu'avant-guerre des femmes étrangères « épousaient parfois des paralytiques qui étaient dans des asiles de vieillards et qui leur donnaient ainsi leur nationalité française et leur complète et totale liberté d'allées et venues sur le territoire, ce qu'elles recherchaient » (J.-P. NIBOYET, *Cours de droit international privé*, Paris, Sirey, 1947, n° 130, p. 144). V. aussi S. SLAMA, « Le long Dimanche de fiançailles des couples mixtes », *Rev. de l'Institut de sociologie*, n° 85, 2015, p. 107.

73. Ord. n° 45-2658, 2 nov. 1945.

74. Cons. const., 3 août 1993, n° 93-325 DC. V. aussi Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC.

Par la suite, il a été introduit dans le Code civil des dispositifs de lutte contre les mariages dits « de complaisance » ou « blancs ». Lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est envisagé que dans un but autre que l'union matrimoniale, le parquet peut faire opposition à mariage, le cas échéant après avoir mené des investigations (C. civ., art. 175-2).

Loi après loi (lois du 14 novembre 2006, 24 juillet 2006 et 20 novembre 2007), les contrôles sur la validité du mariage n'ont cessé d'être renforcés, notamment avec l'audition commune ou séparée des futurs conjoints, y compris par les services consulaires ou lors de la transcription à l'état civil, l'exigence d'un visa de long séjour spécifique pouvant être refusé en cas de fraude ou d'annulation du mariage (CESEDA, art. L. 312-3). Par ailleurs, des infractions ont été érigées, notamment le fait de contracter mariage ou de reconnaître un enfant « à seule fin d'obtenir ou de faire obtenir à un étranger un titre de séjour ou la nationalité française » (CESEDA, art. L. 823-11 à L. 823-17), afin de lutter non seulement contre les mariages « blancs », « gris » (dissimulation par le conjoint étranger de ses intentions) mais aussi la « paternité de complaisance »⁷⁵.

En définitive, la loi du 24 août 2021 ne fait que conforter cette législation en transformant la faculté qu'avait l'officier d'état civil à procéder à une audition individuelle de chacun des futurs époux avant le mariage en obligation « lorsqu'il a des raisons de craindre, au vu des pièces fournies par ceux-ci, des éléments recueillis au cours de leur audition commune ou des éléments circonstanciés extérieurs reçus [...] que le mariage envisagé soit susceptible d'être annulé [...] » (C. civ., art. 63), c'est-à-dire pour absence de consentement réel et libre.

De manière convergente, le Conseil d'État a développé depuis une quinzaine d'années une jurisprudence⁷⁶ permettant au Gouvernement de s'opposer à l'acquisition de la nationalité par un conjoint de Français (C. civ., art. 21-4)

75. Cons. const., 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, cons. 40. V. L. CARAYON, « Plutôt des enfants sans père que des personnes étrangères sur nos terres ! Pour une critique nécessaire de l'article 30 du projet de loi sur l'asile et l'immigration. Premier épisode », *Rev. des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 6 avr. 2018 : <http://journals.openedition.org/revdh/3826> [consulté le 31 janv. 2022].

76. V. F. DIEU, « Le Conseil d'État, gardien des valeurs essentielles de la société française », *Constitutions* 2014, p. 175 ; P. CHRESTIA, « La burqa est incompatible avec la nationalité française », *AJDA* 2008, p. 2013 ; A. HAJJAT, « Port du Hijab et défaut d'assimilation. Étude d'un cas problématique pour l'acquisition de la nationalité française », *Sociologie*, n° 4, 2010, p. 440.

en raison d'une pratique radicale de la religion (caractérisée par exemple par le port d'un voile intégral)⁷⁷, d'« un mode de vie caractérisé par une soumission de sa femme qui ne correspond pas aux valeurs de la société française, notamment l'égalité entre les sexes⁷⁸ » ou encore du fait, pour une femme, de refuser, pour des raisons religieuses, lors de la cérémonie d'accueil des nouveaux naturalisés, de serrer la main du secrétaire général de la préfecture (de l'Isère) ainsi que celle d'un élu local⁷⁹. Depuis la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, l'article 21-24 du Code civil prévoit d'ailleurs expressément que : « nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par décret en Conseil d'État, et des droits et devoirs conférés par la nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République ». En outre, à l'issue de ce contrôle de son assimilation, le candidat à la naturalisation doit signer « la charte des droits et devoirs du citoyen français⁸⁰ » qui sur le même modèle que le CER « rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française ».

La convergence des formulations utilisées par la loi du 24 août 2021 avec ces lois et jurisprudences relatives aux droits des étrangers, de l'asile et de la nationalité atteste que celles-ci ont été un terreau favorable à l'émergence de la loi « séparatisme ». À quand la rétroaction de la loi « séparatisme » sur le droit des étrangers ?

77. CE, 27 juin 2008, n° 286798.

78. CE, 9 nov. 2020, n° 436548.

79. CE, 11 avr. 2018, n° 41246.

80. D. n° 2012-127, 30 janv. 2012, approuvant la charte des droits et devoirs du citoyen français prévue à l'article 21-24 du Code civil.

VARIA

Le pluralisme religieux sous le prisme du régime juridique de la laïcité dans les États d'Afrique noire francophone : Cameroun, Côte d'Ivoire, Gabon et Sénégal

Christian Gérard ANGUE

Docteur en droit public, Université de Dschang (Cameroun)

RÉSUMÉ

À l'instar de la majorité des États africains, le Cameroun, la Côte d'Ivoire, le Gabon et le Sénégal sont empreints de pluralisme religieux. Cependant, si ce dernier est maladroitement encadré, il peut déboucher sur des conflits interreligieux, voire socio-politiques. Or on relève l'absence de telles dérives religieuses dans ces différents États. Cette absence s'explique par l'existence d'un régime juridique de laïcité garantissant le pluralisme religieux du fait de son caractère relativement libéral. Ce caractère procède de la consolidation limitée des normes favorables à la liberté de religion et de l'affirmation modérée de celles favorables à la diversité des organisations confessionnelles.

ABSTRACT

Like the most African states, Cameroon, Ivory Coast, Gabon and Senegal have a system of religious pluralism. However, if the latter is inadequately regulated, it can lead to interreligious or even socio-political conflicts. However, we note the absence of such religious excesses in these states. This absence could be explained by the existence of a legal regime of secularism that guarantees religious pluralism due to its relatively liberal character. This character stems from the limited consolidation of norms favouring religious freedom, and the moderate affirmation of those fostering the diversity of faith-based organizations.

INTRODUCTION

Le pluralisme religieux est une réalité inhérente à la plupart des sociétés africaines fort imprégnées par le sacré¹. Entendu comme la situation dans laquelle diverses religions coexistent et, éventuellement, se concurrencent à la faveur de l'émergence d'un « marché national des religions² », celui-ci, du fait des risques de discriminations qu'il recèle, a parfois généré et entretenu des conflits interreligieux voire socio-politiques en Afrique³. Cela est notamment dû à l'exacerbation des fondamentalismes religieux⁴ et à leur mutation en extrémismes religieux violents⁵. Or, à la différence de nombreux États africains, le Cameroun, la Côte d'Ivoire, le Gabon et le Sénégal semblent, jusqu'à présent, épargnés par ces dérives religieuses⁶. Ce constat et le fait que ces États partagent une même langue officielle, le français précisément, et une même culture juridique héritée de la France, justifient leur choix comme cadre de cette étude comparée.

En effet, ces États africains multiconfessionnels⁷ ou biconfessionnels, un biconfessionnalisme déséquilibré au profit de l'islam pour ce qui est notamment du Sénégal⁸, ne sont point confrontés à des conflits

1. R. TABARD, « Religions et cultures traditionnelles africaines. Un défi à la formation théologique », *Revue des sciences religieuses*, 84/2, 2010, p. 191-205.
2. M. LASSEUR, « Cameroun : Les nouveaux territoires de Dieu », *Afrique contemporaine*, n° 215, 2005/3, p. 93.
3. O. ABDOUL-BAGUI, « Conflits inter-religieux, associations confessionnelles et construction de la paix dans le bassin sud du Lac Tchad : le cas du Northern Nigeria », *Journal of Global Peace and Conflict*, Vol. 6, n° 1, June 2018, p. 1-11 ; C. MAYRARGUE, « Pluralisation et compétition religieuses en Afrique subsaharienne. Pour une étude comparée des logiques sociales et politiques du Christianisme et de l'Islam », *RIPC* 2009, p. 83-98.
4. R. S. APPLEBY, M. E. MARTY, « Le fondamentalisme Réponses à quelques questions », *Le Débat*, n° 120, 2002/3, p. 144-151.
5. M.-A. PÉROUSE DE MONTCLOS, « Boko Haram et le terrorisme islamiste au Nigeria : insurrection religieuse, contestation politique ou protestation sociale ? », *Questions de Recherche*, n° 40, juin 2012.
6. C. OLIVIER, « Sortir des guerres de Religion », *ASSR*, n° 116-117, *Histoire de l'État*, 1997, p. 24-38 ; P.-J. SOURIAU, « Guerres religieuses, histoire et expiation : autour de l'émeute toulousaine de mai 1562 », *Chrétiens et Sociétés*, n° 20, 2013, p. 31-62.
7. M. LASSEUR, « Islam et christianisme en mouvement. Mobilités géographiques et changement religieux au Cameroun », *Espace, populations, sociétés*, 2010/2-3, p. 179-191 ; B.-R. GUIMDO, « Réflexion sur les assises juridiques de la liberté religieuse au Cameroun », *Les Cahiers de droit* 1999, p. 791-819 ; B. WANE, *L'Islam au Sénégal, le poids des confréries ou l'émiettement de l'autorité spirituelle*, thèse, sociologie, Université Paris-Est, Université Cheikh Anta Diop (Dakar), 2010.
8. A. KORY DIONE, *La question religieuse dans les écoles publiques élémentaires et la modernisation des « daara » : enjeux et réalités. Quel modèle et quelle(s) vision(s) de la laïcité au Sénégal ?*, thèse, sciences de l'éducation, Normandie Université, 2018, p. 27.

interreligieux⁹. Les différentes traditions religieuses y prospèrent de manière intelligente et y collaborent, de surcroît, à la faveur des mouvements œcuméniques¹⁰, et ce sous l'égide du principe de la laïcité.

Hérité de la France, naguère puissance tutrice pour l'un¹¹ et puissance coloniale pour les autres¹², le principe de la laïcité fut successivement reconduit par les différentes Constitutions camerounaises¹³, ivoiriennes¹⁴, gabonaises¹⁵ et sénégalaises¹⁶. Il s'entend de l'obligation de l'État de ne pas s'immiscer dans les affaires religieuses et de garantir l'égalité entre toutes les religions, sous réserve du respect de l'ordre public.

À la différence de la France¹⁷, la laïcité dans ces États ne naquit pas sous des auspices de crise¹⁸, elle y a plutôt connu une réception paisible¹⁹. Elle y repose ainsi sur un triptyque : la neutralité de l'État, la liberté de religion et le respect du pluralisme confessionnel²⁰. Parce qu'astreints à une attitude de

-
9. M.-A. PÉROUSE DE MONTCLOS, art. cit. ; M.-P. BA, « La diversité du fondamentalisme sénégalais. Éléments pour une sociologie de la connaissance », *Cahiers d'études africaines*, n° 206-207, 2012, p. 575-602.
 10. M. SAMB, « Médias, Religions et Dialogue islamo-chrétien en Afrique de l'Ouest : exemple pilote des médias sénégalais », *Revue internationale des francophonies*, n° 1, *Rapport entre médias et religions*, 2017 : <http://publications-prairial.fr/rif/index.php?id=327> [consulté le 7 janv. 2022].
 11. P. F. GONIDEK, « De la dépendance à l'autonomie : l'État sous tutelle du Cameroun », *AFDI*, vol. 3, 1957, p. 597-626.
 12. Le Gabon, la Côte d'Ivoire et le Sénégal furent naguère des colonies françaises. Pour le Sénégal, V. S. SANKALE, « L'Église catholique et les autorités administratives françaises au Sénégal : des débuts difficiles », in M. BADJI, O. DEVAUX et B. GUEYE (dir.), *Droit, politique et religion*, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2009, p. 55-83.
 13. B. MOMO, « La laïcité de l'État dans l'espace camerounais », *Les Cahiers de droit* 1999, p. 827-828.
 14. Art. 30 de la loi n° 2000-513 du 1^{er} août 2000 portant Constitution de la Côte d'Ivoire.
 15. Art. 2 de la loi n° 3/91 du 26 mars 1991 portant Constitution du Gabon.
 16. A. DIEYE, « La laïcité à l'épreuve des faits au Sénégal », in M. BADJI, O. DEVAUX et B. GUEYE (dir.), *op. cit.*, p. 35-36.
 17. Ph. PORTIER, « L'Église catholique face au modèle français de laïcité », *ASSR*, n° 129, 2005, p. 117-134 : <https://doi.org/10.4000/assr.1115> [consulté le 7 janv. 2022] ; M. FROMONT, « La liberté religieuse et le principe de laïcité en France », in *Universal Rights in a World of Diversity. The Case of Religious Freedom*, Vatican City, Pontifical Academy of Social Sciences, 2012, p. 308.
 18. A. CABANIS, « De la laïcité à la française à la laïcité proclamée par les constitutions de l'Afrique francophone », in M. BADJI, O. DEVAUX et B. GUEYE (dir.), *op. cit.*, p. 23 ; A. DIEYE, art. cit., p. 35. ; B. MOMO, art. cit., p. 825.
 19. J. LALOUETTE, « Laïcité, anticléricalismes et antichristianisme », *Transversalités*, n° 108, 2008/4, p. 69-84.
 20. J.-M. WOHRLING, « Le principe de neutralité confessionnelle de l'État », *Société, droit et religion*, n° 1, 2011/1, p. 63-85.

neutralité religieuse, une neutralité certes relative mais maîtrisée²¹, ceux-ci se veulent areligieux et s'obligent à ne discriminer aucune religion. À cet effet, ils s'efforcent d'organiser une cohabitation entre les différentes religions existantes²². Cette cohabitation contraste avec l'enfer religieux dans lequel incline à s'enliser le continent africain²³. Au regard de cette situation, il apparaît que la laïcité n'est point un vœu pieux dans ces États, mais une réalité agissante adossée sur un régime juridique plus ou moins favorable au pluralisme religieux. Décliné comme l'ensemble des normes juridiques qui objectivent le principe de la laïcité, ce régime entend, en effet, garantir, dans une logique égalitaire et non discriminatoire, le pluralisme religieux dans ces différents États de sorte à y favoriser une coexistence interreligieuse apaisée et stable. Cette stabilité, au regard de sa pérennité, incline à entretenir une impression d'évidence.

L'impression d'évidence de cette coexistence interreligieuse apaisée et stable pourrait expliquer le modeste intérêt porté par la doctrine juridique à l'endroit des rapports étroits et dynamiques entre la laïcité et le pluralisme religieux dans ces États africains²⁴. Or cette coexistence devrait aiguïser la curiosité dans la mesure où son constat invite à une réflexion sur les spécificités du régime juridique de la laïcité. Ce qui porte à se poser la question suivante : qu'est-ce qui caractérise le régime juridique de la laïcité saisi sous le prisme du pluralisme religieux au Cameroun, en Côte d'Ivoire, au Gabon et au Sénégal ?

Analysé en rapport avec le pluralisme religieux dans les États sus mentionnés, ce régime juridique apparaît relativement libéral. Celui-ci s'avère en effet libéral, en ce sens qu'il ne nie point le pluralisme religieux, il incline à en garantir l'expression en prévenant les risques de discriminations susceptibles de déboucher sur la marginalisation manifeste de certaines religions au profit des autres. Cependant, ce caractère libéral reste relatif car ce régime juridique fait face, autant dans son contenu que dans son application, à des pesanteurs juridiques et empiriques qui refrèment la pleine expression de ce pluralisme religieux.

Afin de soutenir l'hypothèse postulée du caractère relativement libéral du régime juridique de la laïcité au Cameroun, en Côte d'Ivoire, au Gabon et au Sénégal, il convient d'interpréter à titre principal les normes juridiques

21. B. MOMO, art. cit., p. 865 ; A. DIEYE, art. cit., p. 46-47.

22. A. DIEYE, art. cit., p. 35.

23. A. GLAZZARD *et al.*, « L'extrémisme islamiste violent. Nouveauté ou continuité des conflits ? », *ASPJ – Afrique & Francophonie*, 3^e trim. 2018, p. 31-57.

24. Rares en effet sont les études juridiques qui s'y intéressent. À ce propos, on peut citer M BADJI, O. DEVAUX et B. GUEYE (dir.), *op. cit.*

pertinentes en la matière, et à titre accessoire quelques éléments de jurisprudence, dont la rareté et la vétusté n'en autorisent pas une mobilisation conséquente. À cet effet, le libéralisme encore relatif du régime juridique de la laïcité dans ces quatre États procède d'une insuffisante consolidation des normes favorables à la liberté de religion (1), et de l'affirmation modérée des normes favorables à la diversité des organisations confessionnelles (2).

1. LA CONSOLIDATION LIMITÉE DES NORMES FAVORABLES À LA LIBERTÉ DE RELIGION

Le fait religieux rythme les sociétés sénégalaise, ivoirienne, gabonaise et camerounaise²⁵. Au vu de ce contexte social particulièrement imprégné par la conscience religieuse et le sacré²⁶, il fut conséquent pour le Cameroun, la Côte d'Ivoire, le Gabon et le Sénégal de consolider les normes favorables à la liberté de religion. Cependant, cette consolidation s'avère limitée car bien que cette liberté de religion bénéficie d'une consécration normative affirmée (1.1), sa protection normative est, quant à elle, fragilisée (1.2).

1.1. UNE CONSÉCRATION NORMATIVE AFFIRMÉE DE LA LIBERTÉ DE RELIGION

Dans les États dits laïques, à l'instar du Cameroun, de la Côte d'Ivoire, du Gabon et du Sénégal, les rapports entre le droit et la religion sont plus ou moins déterminés. Ici le droit ne prétend point se substituer à la religion. En fait, il l'accompagne en affirmant la consécration normative de la liberté de religion à travers précisément la constitutionnalisation des libertés de conscience²⁷ et de culte. Car ces deux libertés structurent fondamentalement la liberté de religion²⁸. Cependant, leurs trajectoires constitutionnelles ne seront pas identiques dans les États ci-dessus invoqués.

25. M. KAAG et M. SAINT-LARY, « Nouvelles visibilités de la religion dans l'arène du développement. L'implication des élites chrétiennes et musulmanes dans les politiques publiques en Afrique », *Bulletin de l'Apad*, n° 33, 2011 : <https://doi.org/10.4000/apad.4073> [consulté le 7 janv. 2022].

26. N. S. TCHANDEU, W. KENGNE et W.-Y. FOKAM NOULE, « Autels en pierre des "lieux de Dieu" tsu'Ssi à Bansoa (Cameroun) : entre art des environnements sacrés et dépôts picturaux rituels », *Afrique Archéologie Arts*, n° 15, 2019, p. 67-88.

27. D. AVON, « Liberté de conscience : histoire d'une notion et d'un droit », *Annuaire de l'École pratique des hautes études (EPHE)*, Section des sciences religieuses, n° 124, 2017, p. 340.

28. G. KOUBI, « La liberté de religion entre liberté individuelle et revendication collective », *Les Cahiers de droit* 1999, p. 723-727.

En effet, ces États vont, dès leur indépendance, traiter différemment les libertés de conscience et de culte bien qu'ils aient, ensemble, adhéré aux conventions internationales relatives aux droits de l'homme²⁹. Le Cameroun ne va point les constitutionnaliser en raison soit de l'absence erratique du préambule³⁰ dans la Constitution, soit de l'incertitude sur la valeur constitutionnelle dudit préambule. Ce sera également le cas de la Côte d'Ivoire qui n'amorcera leur constitutionnalisation qu'à la faveur de la loi n° 2000-513 du 1^{er} août 2000 portant Constitution de la Côte d'Ivoire. Or cette voie fut très tôt empruntée par le Gabon et le Sénégal. C'est donc dire que les libertés de conscience et de culte y incarnent respectivement, depuis la Constitution du 14 novembre 1960 et de celle du 24 janvier 1959³¹, des libertés constitutionnelles³². Au Cameroun et en Côte d'Ivoire par contre, pays ayant adhéré au monisme juridique³³, ces libertés avaient, au plus, une valeur supra-légale en ce qu'elles étaient énoncées dans les conventions internationales relatives aux droits de l'homme³⁴, conventions ayant connu l'adhésion ou la ratification de ces deux États.

Aussi fallut-il attendre, au Cameroun, la constitutionnalisation du préambule consacrée à l'article 67 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 pour que les libertés de conscience et de culte revêtent une valeur constitutionnelle. En consacrant ces libertés, ces quatre États déniaient le caractère officiel à une religion spécifique, et affirment, à ce propos, la « sortie des religions de l'espace public au sens où elles n'occupent plus une place officielle [...] »³⁵.

29. V. à cet effet les préambules des Constitutions du Cameroun, de la Côte d'Ivoire, du Gabon et du Sénégal.

30. Les différentes Constitutions du Cameroun n'ont pas toujours comporté de préambule. C'est ainsi que celle du 4 mars 1961 en était dépourvue, à la différence de celles de 1960, de 1972 et de 1996.

31. Il s'agit précisément de la loi n° 59-003 du 24 janvier 1959 portant Constitution de la République du Sénégal.

32. Art. 15 de la Constitution du 24 janvier 1959.

33. A. D. OLINGA, « Réflexions sur le droit international, la hiérarchie des normes et l'office du juge camerounais », *Juridis périodique*, n° 63, éd. spéciale, 2005, p. 4. En ce qui concerne la Côte d'Ivoire, V. art. 87 de la loi n° 2000-513 du 1^{er} août 2000 portant Constitution.

34. Il s'agit entre autres du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

35. P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *ASSR*, n° 129, janv.-mars 2005, p. 51.

À l'aune de cette reconnaissance constitutionnelle, ces États affirment la fondamentalité³⁶ des libertés de conscience et de culte et, de ce fait, celle de religion de sorte à en justifier la protection normative. Cependant, cette protection normative s'avère fragilisée.

1.2. UNE PROTECTION NORMATIVE FRAGILISÉE DE LA LIBERTÉ DE RELIGION

Auréolée des dignités constitutionnelle et conventionnelle qui lui confèrent ainsi le statut de droit fondamental³⁷, la liberté de religion requiert une protection normative au Cameroun, en Côte d'Ivoire, au Gabon et au Sénégal. Bien qu'elle soit effective, cette protection normative y est toutefois fragilisée au regard de l'existence et de la rémanence de certaines difficultés de fait et de droit.

Effective, cette protection normative l'est au vu de l'existence de garanties normatives de valeur constitutionnelle, conventionnelle, légale et jurisprudentielle.

En tant que liberté constitutionnelle, la liberté de religion exige une protection constitutionnelle à travers un contrôle de constitutionnalité des lois avant leur promulgation, et des conventions internationales avant leur ratification ou approbation. Il s'agit précisément d'un contrôle *a priori*³⁸ et par voie d'action³⁹.

Toutefois, la Constitution pouvant être révisée ou changée, rien ne saurait, de ce fait, interdire une abrogation du principe de la laïcité ou l'adoption de restrictions abusives de la liberté de religion au Cameroun, en Côte d'Ivoire, au Gabon et au Sénégal. Ainsi, à la faveur de la révision constitutionnelle de 2001, le constituant sénégalais avait effacé la laïcité du projet de Constitution avant de se raviser sous la pression sociopolitique.

Certes, on pourrait logiquement supputer sur le caractère intangible du principe de laïcité en ce que celui-ci participe à l'objectivation de la forme

36. E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 20 juill.-20 août 1998, p. 7-26.

37. *Ibid.*

38. O. LE BOT, « Contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* en Europe », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013/3, p. 117-135.

39. S. MOUTON, « Les contrôles de constitutionnalité "à la française" : les raisons d'une continuité », in H. SIMONIAN-GINESTE (dir.), *La (dis)continuité en droit*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014, p. 299-309.

républicaine⁴⁰ de ces États, laquelle forme est, par ailleurs, non révisable aux termes de l'article 64 de la Constitution du Cameroun, de l'article 127 de la Constitution de la Côte d'Ivoire, de l'article 117 de celle du Gabon et de l'article 89 de celle du Sénégal.

En raison de la possibilité d'une abrogation constitutionnelle du principe de la laïcité, il existe des garanties normatives⁴¹ prévues par les conventions internationales relatives aux droits de l'homme. L'avantage de ces garanties réside dans le fait qu'elles se soustraient aux vicissitudes de l'ordre juridique interne. De surcroît, leur application ne dépend pas du principe de réciprocité qui structure le droit international conventionnel classique. De la sorte, elles participent des obligations objectives⁴². Cette qualité leur confère plus de stabilité et de prévisibilité normatives⁴³.

Ces garanties se déclinent en termes d'interdictions et d'obligations relatives à la liberté de religion. Ainsi, l'article 18 alinéa 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) interdit toute contrainte portant atteinte à la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou conviction de son choix. L'alinéa 3 du même article n'autorise comme restrictions à cette liberté que celles prévues par la loi et nécessaires à la protection de l'ordre public et aux libertés et droits fondamentaux d'autrui. L'alinéa 4 de cet article oblige, quant à lui, les États à respecter la liberté des parents et des tuteurs légaux à faire assurer une éducation religieuse et morale à leurs enfants conformément à leurs convictions. S'inscrit dans le même sens l'article 8 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) qui interdit également toute restriction à la manifestation de la liberté de religion sous réserve de respect de l'ordre public.

En proscrivant toute contrainte portant atteinte à la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou conviction de son choix, l'article 18 alinéa 2 du PIDCP participe, dans cette logique, à l'affirmation du principe constitutionnel de l'égalité⁴⁴; lequel innerve la majorité des ordres juridiques nationaux

40. P. HAYAT, « La laïcité républicaine. Déterminations, implications et enjeux », *Le Philosophie*, n° 39, 2013/1, p. 31-44.

41. V. N. OFUJI, « Tradition constitutionnelle et supra-constitutionnalité : y a-t-il une limite à la révision constitutionnelle ? L'exemple de la Constitution japonaise », *RFD const.* 2004, p. 619-631.

42. Sur cette notion, V. T. TOUONANG TEKENDO, *Les obligations objectives en droit international*, thèse, droit international public, Université de Yaoundé II, 2013.

43. V. à ce propos art. 5 PIDCP.

44. S. LUSSIER, « La primauté du droit, l'égalité devant la loi et autres "principes non écrits de notre constitution" », *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill*, 58 (4), p. 1027-1058; R. RÉMOND, « La laïcité et ses contraires », *Pouvoirs*, n° 75, 1995, p. 7.

et irrigue la laïcité. C'est dire que les principes de laïcité et d'égalité se rejoignent. Sous le prisme de l'égalité, la laïcité détermine notamment l'accès aux emplois publics. À cet effet, l'accès à ces derniers doit être ouvert à toute personne qui en remplit les conditions subjectives et objectives, précisément celles de moralité, de capacité, d'aptitude physique, de possession de titres universitaires ou diplômes. De la sorte, il est fait fi des appartenances religieuses⁴⁵. En ce sens, les textes camerounais, ivoiriens, gabonais et sénégalais n'obligent point les candidats aux concours administratifs de justifier d'une appartenance à une religion spécifique ni aux fonctionnaires d'adhérer à une religion particulière. Cela signifie que leurs convictions religieuses doivent être respectées. À cet effet, il leur est reconnu la liberté de célébrer leurs fêtes religieuses qui bénéficient, d'ailleurs, d'une reconnaissance identique, du moins pour ce qui est du christianisme et de l'islam⁴⁶. Pour preuve, les différentes fêtes musulmanes et chrétiennes donnent généralement lieu à des jours fériés décrétés soit par voie législative soit par voie réglementaire. Dans cette logique aussi, les fonctionnaires sont libres d'arborer leurs signes religieux dans les services publics, et ce sans que cela fasse l'objet de controverses⁴⁷. C'est dire que la laïcité au Cameroun, en Côte d'Ivoire, au Gabon et au Sénégal n'est point le laïcisme⁴⁸, lequel exige l'exclusion totale de la religion et de ses dérivés des services publics.

45. Au Sénégal ces conditions sont prévues aux art. 20 et 21 de la loi n° 61-33 du 15 juin 1961 relative au statut général des fonctionnaires, modifiée par la loi n° 71-31 du 12 mars 1971. En ce qui concerne le Cameroun, il s'agit des art. 12 et 13 du décret n° 94/199 du 7 oct. 1994 portant statut général de la fonction publique de l'État modifié et complété par le décret n° 2000/287 du 12 oct. 2000. Au Gabon, il s'agit de l'art. 109 de la loi n° 001/2005 du 4 févr. 2005, portant statut général de la fonction publique. Et en Côte d'Ivoire, il s'agit de l'art. 3 de la loi n° 92-570 du 11 sept. 1992 portant statut général de la fonction publique.

46. V. à ce sujet la loi n° 76 du 8 juill. 1976 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 73-5 du 7 déc. 1973 fixant le régime des fêtes légales en République unie du Cameroun; décret n° 000727/PR/MTEPP, du 29 juin 1998 réglementant le régime des jours fériés en République du Gabon; loi n° 74-52 du 4 nov. 1974 relative à la fête nationale et aux fêtes légales en République du Sénégal, modifiée par la loi n° 83-54 du 18 févr. 1983 et la loi n° 89-41 du 26 déc. 1989; décret n° 96-205 du 7 mars 1996, déterminant la liste et le régime des jours fériés en République de Côte d'Ivoire.

47. S. EVAÏN, « Liberté religieuse et respect de la dignité humaine: l'exemple de la question du port du foulard islamique dans les établissements d'enseignement en France », *Les Cahiers de droit* 1999, p. 911-925.

48. Le laïcisme est un terme péjoratif, utilisé pour marquer l'intolérance de certains fervents défenseurs de la laïcité au point de critiquer toutes visibilités ou exigences religieuses dans la sphère publique. V. à ce sujet G. GOURBIN, « La laïcité est-elle intolérante ? », *Le Portique*, n° 37-38, 2016, p. 1.

Par ailleurs, la liberté de religion est protégée par des garanties normatives légales dont le respect est assuré par les juges judiciaire et administratif. Ces dispositions normatives sont énoncées dans les codes pénaux du Cameroun et du Gabon, et se déclinent en termes d'interdictions dont les violations sont assorties de sanctions⁴⁹. Des dispositions répressives y sanctionnent aussi les atteintes à la liberté de culte⁵⁰ en ce qu'elle participe à l'exercice de la liberté de religion.

Il convient, cependant, de noter que le Code pénal sénégalais et celui de la Côte d'Ivoire sont peu diserts sur la répression des violations de la liberté de religion. Aucune disposition y relative n'y figure. Par contre, on retrouve des dispositions concernant spécifiquement la liberté de culte⁵¹.

Pour ce qui est de la protection de la liberté de religion, les juges judiciaire et administratif sont susceptibles d'apporter leur contribution. Cependant, il faut relever que cette contribution reste jusqu'à présent modeste au vu de la rareté des décisions de justice en ce sens, et de leur caractère relativement daté. À ce propos, en l'absence de jurisprudences ivoirienne, gabonaise et sénégalaise en la matière, seule sera convoquée la jurisprudence camerounaise.

En statuant en matière sociale, le juge judiciaire camerounais s'est prononcé, en ce sens, dans deux espèces⁵². Dans la première, il a jugé contraires à l'intention du législateur certaines prescriptions du règlement intérieur d'un hôpital confessionnel qui réservaient l'accès au travail exclusivement aux membres communiants. Il a, de la sorte, déclaré abusif le licenciement d'un travailleur au motif qu'il s'était exclu de l'Église en devenant polygame. Dans la seconde, un employé avait été licencié à cause de son appartenance religieuse. Constatant l'absence de l'employeur à l'audience et, conséquemment, son incapacité à apporter la preuve du contraire, le juge de céans a formulé sa décision en ces termes : « le tribunal ne peut que prendre en considération les seules déclarations du demandeur, aussi y a-t-il lieu de déclarer le licenciement intervenu abusif [au motif de discrimination religieuse] ».

Quant au juge administratif camerounais, il lui a été offert l'opportunité de se prononcer sur la liberté de religion dans l'arrêt n° 178/CFJ/CAY du

49. Art. 241 et 242 du Code pénal camerounais et art. 220 du Code pénal gabonais.

50. Art. 269, 270 et 271 du Code pénal camerounais et art. 220, 221 et 222 du Code pénal gabonais.

51. Art. 230 et 231 du Code pénal sénégalais et art. 195, 196 et 197 du Code pénal ivoirien.

52. Il s'agit des espèces suivantes, CS, 6 juin 1973, n° 71/S; TPI, 8 août 1997, n° 223/50, *Hamadjan Alhadji c. Dispensaire Saint-Martin de Porres*.

29 mars 1972, *Eitel Mouelle Koula c. République fédérale du Cameroun*. À cette occasion, tout en reconnaissant la liberté de religion des membres des témoins de Jéhovah, le juge administratif a, cependant, confirmé la dissolution par l'Administration de cette association religieuse au motif que celle-ci avait dévié de son objet initial pour se constituer en parti politique en ce que ses dirigeants avaient demandé à ses adeptes de s'abstenir de voter lors de l'élection d'avril 1970.

Cependant, la protection de la liberté de religion fait face à certains obstacles de fait et de droit qui la fragilise. Ainsi, sur le plan empirique, les religions minoritaires éprouvent parfois des difficultés à s'exprimer. Au Sénégal par exemple, l'Église catholique rencontre quelques difficultés à construire des édifices cultuels dans des villes qualifiées de « saintes » de l'islam⁵³. Au Cameroun, les membres de la secte chrétienne les témoins de Jéhovah subirent durant de nombreuses décennies des actes de persécution des autorités publiques⁵⁴. Cependant, cela n'est plus le cas aujourd'hui où cette secte chrétienne est officiellement reconnue en tant qu'association religieuse⁵⁵.

Par ailleurs, on relève le financement public des activités culturelles de certaines religions monothéistes, notamment l'islam et le catholicisme. À ce propos, les États sus invoqués inclinent à financer le pèlerinage à la Mecque⁵⁶, la construction ou la rénovation des églises⁵⁷ et mosquées, au détriment de l'aménagement des sites sacrés des religions traditionnelles perçues comme un archaïsme du passé⁵⁸. En fait, les activités culturelles de celles-ci ne bénéficient pas souvent du même soutien des pouvoirs publics⁵⁹.

53. I. KANE, *État et minorités religieuses: les représentations des catholiques au Burkina Faso et au Sénégal*, thèse, science politique, Université d'Ottawa, 2015, p. 202-204.

54. Y. ISSEKIN, « Les champs de perceptions de la neutralité chrétienne des Témoins de Jéhovah au Cameroun: de la perception subversive à une perception civilisée d'un isolat identitaire (1938-2019) », *Revue internationale des francophonies*, n° 9, 2021, p. 7-15.

55. V. à cet effet le décret n° 93/043 du 3 février 1993; V. Y. ISSEKIN, art. cit., p. 24-25.

56. H. ADAMOU, « Pèlerinage musulman et stratégies d'accumulation au Cameroun », *Afrique contemporaine*, n° 231, 2009, p. 119-138; F. MADORE et Y. TRAORÉ, « L'organisation du hadj en Côte d'Ivoire. Entre facteur de cohésion et source de rivalités au sein de la communauté (1993-2010) », *Cahiers d'études africaines*, 229/2018, p. 179-208.

57. Ce fut le cas avec la construction de la basilique de Yamoussoukro par Félix Houphouët Boigny. Au Sénégal, en 2006, les travaux de rénovation de la cathédrale de Dakar furent financés par la Présidence de la République.

58. M. MIRAN-GUYON, « Gloire et déboires de la laïcité en Côte d'Ivoire au prisme de l'imaginaire social musulman », in G. HOLDER et M. SOW (dir.), *L'Afrique des laïcités. État, religion et pouvoirs au sud du Sahara*, Montpellier, IRD; Tombouctou, Éd. Tombouctou, 2014, p. 4.

59. A. MAKOUGOM, « La laïcité au Cameroun: réflexion sur l'effectivité d'un principe constitutionnel », *Revue internationale des francophonies*, n° 8, 2020, p. 16-31.

De jure, la liberté de religion est susceptible d'être fragilisée par certaines réformes engagées, abouties ou rejetées mais dont les revendications demeurent très vivaces. C'est ainsi qu'au Sénégal, au motif d'une scolarisation universelle, a été introduite l'éducation religieuse à travers la réforme, en 2002, de la loi d'orientation n° 91-22 du 30 janvier 1991. À travers cette réforme, les écoles coraniques appelées *daara* ont été intégrées dans le circuit éducatif public dont les enseignements sont pourtant censés être areligieux. Toujours au Sénégal, en 2002, on a enregistré un important débat sur le Code de la famille dans l'optique de le réformer pour y introduire la loi coranique ou *Charia*. Ce projet n'a point abouti. Contrairement au Sénégal, les trois autres États n'ont guère initié des réformes dans ce sens.

Au reste, au Cameroun, en Côte d'Ivoire, au Gabon et au Sénégal, la liberté de religion connaît une consolidation limitée du fait du contraste qui existe entre sa consécration normative affirmée et sa protection normative fragilisée. À la suite de cette consécration limitée, on relève une affirmation modérée des normes favorables à la diversité des organisations confessionnelles.

2. L’AFFIRMATION MODÉRÉE DES NORMES FAVORABLES À LA DIVERSITÉ DES ORGANISATIONS CONFESSIONNELLES

Au Cameroun, en Côte d'Ivoire, au Gabon et au Sénégal, le pluralisme religieux est animé par de nombreuses organisations confessionnelles. Cependant, les normes favorables à la diversité de ces organisations connaissent une affirmation modérée traduite par la légalisation différenciée des dites organisations (2.1) et l'objectivation relativisée de leur autonomie (2.2).

2.1. UNE LÉGALISATION DIFFÉRENCIÉE DES ORGANISATIONS CONFESSIONNELLES

Le terme organisation confessionnelle est préféré ici à celui d'association religieuse en raison de la diversité des institutions confessionnelles que le second recouvre et qui ne correspondent point à la déclinaison qui en est fournie par l'article 22 de la loi n° 90-53 du 19 décembre 1990 portant sur la liberté d'association au Cameroun. Il convient de se référer à cette loi car les législateurs ivoirien, sénégalais et gabonais ne définissent pas la notion d'association religieuse. Ainsi, au sens de cet article, « Est considérée comme association religieuse : – tout groupement de personnes physiques ou morales ayant pour vocation de rendre hommage à une divinité ; – tout groupement de personnes vivant en communauté conformément à une doctrine religieuse ».

Au rang des organisations confessionnelles, on retrouve les Églises et confréries, notamment les confréries musulmanes et l'Église catholique⁶⁰. Pour preuve, cette dernière fait l'objet d'un accord-cadre⁶¹ qui l'érige en personne morale soumise à un régime juridique particulier⁶².

Présentées sous la forme d'associations religieuses, les organisations confessionnelles requièrent, pour leur existence juridique, une légalisation qui apparaît différenciée en ce sens que le régime juridique y afférant diffère d'un État à l'autre. Relativement complexe au Cameroun et au Sénégal, il s'avère par contre plus ou moins simple au Gabon et en Côte d'Ivoire.

La Côte d'Ivoire et le Gabon ne reconnaissent point les associations religieuses comme une catégorie juridique. Aussi les subsument-ils dans la catégorie générique des associations. Cela apparaît dans leurs lois respectives sur la liberté d'association⁶³, lesquelles requièrent cependant une actualisation car elles datent des années 1960. À la lecture de ces lois, il ressort que, en tant qu'associations, celles à caractère religieux sont soumises à deux types de régime juridique : celui de la déclaration lorsqu'elles ont une origine nationale⁶⁴, et celui de l'autorisation en tant qu'associations étrangères⁶⁵. En Côte d'Ivoire, ce fut notamment le cas des associations islamiques nigérianes NASFAT et NAMFAT⁶⁶.

Par contre au Cameroun et, dans une moindre mesure, au Sénégal, ces associations sont de façon systématique soumises au régime de l'autorisation. L'objectif étant de s'assurer du caractère religieux et apolitique de celles-ci. À cet effet, celles-ci, conformément à la législation en

60. L'Église n'est pas une association. Elle s'entend d'une communauté instituée et organisée de croyants qui partagent une même foi dans une religion. À ce propos, V. Ch. MUNIER, « Église et droit canonique du XVI^e siècle à Vatican I », *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 19, n° 57, 1964, p. 589-617.

61. V. accord-cadre entre la République du Cameroun et le Saint-Siège, relatif au statut juridique de l'Église catholique au Cameroun, signé le 13 janv. 2014. Accord-cadre entre le Saint-Siège et la République gabonaise sur les principes et sur les dispositions juridiques concernant leurs relations et leur collaboration, signé le 12 déc. 1997.

62. V. les art. 1 à 5 de l'accord-cadre camerounais et les art. 3 à 16 de l'accord-cadre gabonais.

63. V. la loi n° 60-315 du 21 septembre 1960 relative aux associations en Côte d'Ivoire et la loi n° 35/62 du 10 déc. 1962 relative aux associations au Gabon.

64. V. les art. 2 à 13 de la loi ivoirienne relative aux associations et les art. 8 à 14 de la loi gabonaise sur les associations.

65. V. les art. 24 à 33 de la loi ivoirienne relative aux associations et les art. 21 à 28 de la loi gabonaise sur les associations.

66. I. BINATÉ et Y. DAO, « Organisations islamiques nigérianes en Côte d'Ivoire. Les trajectoires concurrentielles de NASFAT et NAMFAT », *Anthropologie et développement*, n° 50, 2019, p. 88-105.

vigueur⁶⁷, sont autorisées, au Cameroun, par le Président de la République, et ce sur avis motivé du ministre de l'Administration territoriale. En marge des associations religieuses légalisées, se déploient plusieurs autres qui sont clandestines et dont l'existence, au Cameroun, relève de la tolérance administrative⁶⁸. Cela s'explique notamment par l'ancrage des religions au Cameroun et du rôle social rempli par ces associations.

Au Sénégal, il existe plusieurs confréries musulmanes⁶⁹ représentées par diverses associations religieuses dont la légalisation est autorisée par le ministre de l'Intérieur à travers la délivrance d'un récépissé.

L'islam au Sénégal est structuré autour de quatre principales confréries⁷⁰ se rattachant au courant sunnite et organisées autour des *dâhira*⁷¹ se réclamant d'un *Khalife*⁷², *Cheikh* ou marabout⁷³. Toutefois, depuis quelques décennies, on relève l'émergence de mouvements islamiques issus du courant wahhabite. Ces dynamiques réformistes sont appelés *Ibadou*⁷⁴.

Ces confréries soulèvent, cependant, la question de leur nature juridique et, par suite, celle de leur personnalité juridique. S'agit-il d'organisations religieuses qui s'inscrivent en marge du droit ? La question mérite d'être posée dans la mesure où leur existence précède celle de l'État sénégalais⁷⁵. De fait, elles se sont autrefois déployées hors des frontières du droit positif, c'est-à-dire selon des rites, coutumes, pratiques et traditions déterminés par leurs fondateurs suivis de leurs disciples, de sorte que l'on pourrait alléguer qu'il s'agit, au plus, de simples courants ou de traditions religieuses. Cependant, une telle qualification ne sied pas. Du moins, on pourrait les ranger dans la

67. L'art. 24 de la loi n° 90-53 du 19 déc. 1990 portant sur la liberté d'association dispose que : « L'autorisation d'une association religieuse ou d'un établissement congréganiste est prononcée par décret du Président de la République, après avis du ministre chargé de l'Administration territoriale. »

68. B. MOMO, art. cit., p. 832-834.

69. B. WANE, *op. cit.*

70. Il s'agit des confréries suivantes : la *Qadiriyya*, la *Tijâniyya*, la *Layêniyya* et la *Mouridiyya*. À ce sujet, V. B. WANE, *op. cit.*

71. À l'origine, la *dâhira* était une organisation de culte et d'entraide réunissant les disciples d'un marabout ou d'une confrérie donnée en milieu urbain. Elle a évolué pour devenir la base de structuration de toutes les confréries religieuses sénégalaises.

72. B. WANE, *op. cit.*, p. 31-32.

73. *Ibid.*, p. 35-36.

74. M. IDRISA, *Les « Ibadou » du Sénégal. Logiques religieuses, logiques identitaires*, thèse, ethnologie-anthropologie, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2018.

75. M. M. DIEYE, *L'islamisme au Sénégal. Crise de société et/ou dynamisme de l'Islam*, thèse, Université Cheik Anta Diop (Dakar), 1996, p. 63-65.

catégorie de communautés religieuses consacrée aux articles 22 et 24 de la Constitution du Sénégal. À travers cette catégorie, la Constitution sénégalaise reconnaît une existence juridique aux confréries musulmanes. Il s'agit d'une existence en tant qu'institutions différentes des associations religieuses, et qui les soustraient au régime de l'autorisation.

Au total, la légalisation des organisations confessionnelles au Cameroun, en Côte d'Ivoire, au Gabon et au Sénégal s'avère différenciée. Ce qui tend à traduire l'idée d'une affirmation modérée des normes favorables aux organisations confessionnelles. Dans cette logique s'inscrit également l'objectivation relativisée de l'autonomie de ces dernières.

2.2. UNE OBJECTIVATION RELATIVISÉE DE L'AUTONOMIE DES ORGANISATIONS CONFESSIONNELLES

Peu importe leurs formes, les organisations confessionnelles jouissent de la libre administration de leurs activités et patrimoine au Cameroun, en Côte d'Ivoire, au Gabon et au Sénégal. Cette faculté s'origine dans le principe de la laïcité qui impose la séparation des sphères politique et religieuse, et en constitue, de la sorte, des entités autonomes. Bien que l'autonomie de ces dernières soit affirmée, son objectivation, c'est-à-dire son aménagement, reste cependant relativisée du fait des interventions de droit et de fait des pouvoirs publics dans leur fonctionnement.

Au Cameroun, le principe de la libre administration des associations est énoncé depuis la période du mandat franco-britannique à l'article 7 de l'Accord de Londres du 22 juillet 1922.

Au regard de son effet de garantie de l'autonomie des organisations privées, le principe de la libre administration des associations a été reconduit et consacré à l'article 9 de la loi camerounaise sur la liberté d'association⁷⁶. Il en est également ainsi en Côte d'Ivoire⁷⁷, au Gabon⁷⁸ et au Sénégal⁷⁹ où ce principe s'applique à tout type d'associations, y compris les organisations confessionnelles revêtant la qualité d'associations religieuses.

76. Cet article dispose à ce sujet que : « Les associations s'administrent librement dans le respect de leurs statuts et de la législation en vigueur. »

77. Art. 12 de la loi ivoirienne relative aux associations.

78. Art. 13 de la loi gabonaise relative aux associations.

79. Art. 819 de la loi n° 68-08 du 26 mars 1968 modifiant le chapitre II relatif aux associations du livre VI du Code des obligations civiles et commerciales et réprimant la constitution d'associations illégales.

Au Sénégal, sans être qualifiées d'associations mais de communautés religieuses⁸⁰, les confréries participent des organisations confessionnelles et bénéficient, à ce titre, de la libre administration de leurs activités et patrimoine, laquelle est garantie par la Constitution⁸¹ qui les soustrait ainsi à la tutelle de l'État. Parce que dotées de la personnalité juridique, elles possèdent donc un patrimoine géré par le Khalife général⁸².

Cependant, bien que les organisations confessionnelles soient libres de s'administrer, celles-ci ne sollicitent pas moins ou ne dévient pas les aides des pouvoirs publics. Ce qui tendrait à relativiser leur autonomie. À ce propos, tel que ci-dessus mentionné, il est fréquent que ces quatre États financent le pèlerinage à la Mecque ou la construction d'édifices religieux. Il est aussi habituel que les médias publics y fassent la couverture de célébrations culturelles hebdomadaires. À ce sujet, les cultes chrétiens et musulmans sont régulièrement diffusés sur les chaînes de radio et télévision nationales. Ces aides ou interventions publiques traduisent une étroite collaboration entre ces États et les organisations confessionnelles, et non une inféodation de ces dernières à ceux-ci, et ce bien que ces interventions puissent en affecter l'autonomie. Cette dernière n'est pas pour autant niée, elle subsiste.

Par ailleurs, on peut déplorer que de tels avantages ne soient pas aussi accordés ou étendus aux religions traditionnelles. Encore faut-il qu'il en existât au plan juridique de sorte à pouvoir les identifier sans ambiguïtés.

Il est en outre permis aux organisations confessionnelles en tant qu'associations religieuses de solliciter la reconnaissance d'utilité publique de manière à bénéficier des subventions publiques⁸³. Au Sénégal⁸⁴, les communautés religieuses en sont bénéficiaires en raison de leur participation à l'éducation nationale⁸⁵.

Du fait de ces subventions publiques est entretenu un risque de collusion entre les gouvernants et les organisations confessionnelles. Ce risque de

80. V. art. 24 de la Constitution du Sénégal.

81. *Ibid.*

82. B. WANE, *op.cit.*, p. 36-37.

83. V. à cet effet, art. 32 de la loi camerounaise relative à la liberté d'association ; art. 4 al. 2 de la convention-cadre entre la République du Cameroun et le Saint-Siège ; art. 16 de la loi gabonaise relative aux associations ; art. 21 de la loi ivoirienne relative aux associations.

84. Art. 821 de la loi n° 68-08 du 26 mars 1968 modifiant le chapitre II relatif aux associations du livre VI du Code des obligations civiles et commerciales et réprimant la constitution d'associations illégales.

85. Art. 22 de la Constitution sénégalaise.

collusion pourrait emporter une instrumentalisation de ces organisations à des fins politiques, notamment électorales⁸⁶.

Cependant, cette instrumentalisation n'autorise point d'ériger celles-ci en partis politiques. De tels partis politiques sont d'ailleurs proscrits dans les textes juridiques de ces États⁸⁷. En tant qu'États laïques, ceux-ci ont opté pour la sécularisation de la sphère politique. À cet effet, il ne s'agit pas de faire l'apologie d'une république islamique ou chrétienne, de constitutionnaliser la Charia ou d'ériger le Coran ou la Bible à la dignité de textes constitutionnels ou constituants sur la base desquels doivent être élaborés la Constitution et les textes infraconstitutionnels. Une telle position a été affirmée par la Cour africaine des droits de l'homme dans son arrêt du 18 mai 2018 portant sur l'affaire *Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes (APDF) et Institute for human rights and development in Africa (IHRDA) c. État du Mali*.

CONCLUSION

Malgré son caractère relativement libéral, le régime juridique de la laïcité au Cameroun, en Côte d'Ivoire, au Gabon et au Sénégal favorise le pluralisme religieux, lequel s'y déploie depuis la période coloniale. Ce caractère relativement libéral se manifeste ainsi par la consolidation limitée des normes favorables à la liberté de religion, et par l'affirmation modérée de celles favorables à la diversité des organisations confessionnelles.

Au regard des limites du régime juridique de la laïcité dans les quatre États ci-dessus invoqués, il convient de renforcer celui-ci en instituant une veille juridique permanente, car ceux-ci ne sont pas irrémédiablement à l'abri des tentatives de remise en cause du principe de la laïcité, comme ce fut le cas au Sénégal du fait de l'émergence du fondamentalisme religieux⁸⁸. À cet effet, il est nécessaire que ces États s'engagent résolument à consolider les pratiques de la gouvernance ainsi que celles en lien avec la démocratie et l'État de droit.

86. M.M. DIEYE, *op. cit.*, p. 46-48.

87. V. art. 4 de la Constitution du Sénégal; art. 3 de la Constitution du Cameroun; art. 9 de la loi n° 90/06 du 19 déc. 1990 relative aux partis politiques au Cameroun; art. 4 de la loi n° 93-668 du 9 août 1993 relative aux partis et groupements politiques en Côte d'Ivoire; art. 22 de la loi n° 24/96 du 6 juin 1996 relative aux partis politiques au Gabon.

88. A. DIEYE, *art. cit.*, p. 49-50.

Les diplômes universitaires de formation civile et civique : retours d'expérience sur un cursus singulier

Lauren BAKIR*, **Françoise CURTIT***, **Vincente FORTIER*** et **Ugo LOZACH****

* Université de Strasbourg / CNRS, Droit, Religion, Entreprise et Société (DRES) ;

** Université de Strasbourg / CNRS, Sociétés, Acteurs, Gouvernement en Europe (SAGE)

RÉSUMÉ

Issus d'une réflexion au long cours sur la formation des cadres religieux musulmans, les diplômes universitaires de formation civile et civique visent à dispenser des enseignements relatifs au droit et aux institutions de la France, avec un accent particulier sur le principe de laïcité, et à préparer le personnel des institutions culturelles et les aumôniers à l'exercice de leurs fonctions. Une enquête menée auprès de responsables de ces diplômes et d'étudiants aux profils diversifiés permet de dresser un état des lieux de ces formations en rendant compte d'une part des conditions de leur mise en place dans les universités et de l'adaptation des finalités pédagogiques par les responsables des DU et, d'autre part, de leur réception par les différents publics qui s'y inscrivent.

ABSTRACT

The university degrees in civil and civic education is the result of a long-term reflection on the training of Muslim religious leaders. They include courses on French law and institutions, with particular emphasis on the principle of *laïcité*, and aim to prepare the staff of religious institutions and chaplains for the performing of their responsibilities. A survey conducted among those in charge of these diplomas and students with various profiles makes it possible to draw up a state of play of these training by taking into account, on the one hand, how they were set up in universities and the adaptation of their pedagogical aims and, on the other hand, how they are received by people who attend them.

La création des diplômes universitaires de formation civile et civique (DUFCC) s'enracine dans une réflexion sur la formation des imams, puis des cadres religieux musulmans, initiée par les pouvoirs publics depuis la fin des années 1990*. Les premiers projets centrés autour de l'enseignement de la théologie musulmane ou de l'islamologie à l'université n'ayant pas abouti¹, des initiatives ont alors été lancées pour concevoir une formation « profane et complémentaire² » plus directement opérationnelle. Eu égard aux multiples profils de la fonction d'imam et à la prise en compte d'autres positions centrales au sein du culte musulman, la question de la formation des imams a été élargie – principalement sous l'impulsion des travaux universitaires – aux cadres religieux musulmans dans leur ensemble³, afin de couvrir « une gamme beaucoup plus large de fonctions, de charges et de professions liées à la pratique de la religion musulmane, à l'exercice du culte et à l'enseignement de la religion⁴ ». Les objectifs restent cependant identiques en termes de politique publique : il s'agit de former des médiateurs susceptibles de diffuser un islam compatible avec les « valeurs républicaines ».

À la suite des travaux d'une commission interministérielle, c'est finalement une formation conçue sous la forme d'un diplôme universitaire (DU) articulé autour de l'apprentissage de la langue française et de la connaissance des institutions et des lois de la République qui est préconisée⁵. Envisagé dans un premier temps dans une université publique parisienne, le premier DU ouvre

* Cet article résume les principaux développements d'un rapport rédigé en réponse à l'appel à projets « Islam, religion et société » 2019 du ministère de l'Intérieur (Bureau central des cultes) : L. BAKIR, F. CURTIT, V. FORTIER, U. LOZACH, *Les cadres religieux musulmans dans les DU de formation civile et civique*, 2021 : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03473447/> [consulté le 27 janvier 2022].

1. V. F. FRÉGOSI, « La problématique de la formation des cadres religieux musulmans en France : au croisement des logiques politique, académique et communautaire », in *Droit et religion. Études en l'honneur de Francis Messner*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2014, p. 443-467.
2. N. GOULET et A. REICHARDT, *De l'Islam en France à un Islam de France, établir la transparence et lever les ambiguïtés*. Rapport d'information, Paris, Sénat, 2016, n° 757, p. 50.
3. F. FRÉGOSI (dir.), *La formation des cadres religieux musulmans en France. Approches socio-juridiques*, Paris, L'Harmattan, 1998 ; « La problématique... », art. cit. ; F. MESSNER, *La formation des cadres religieux musulmans*. Rapport au ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche et au ministère de l'Intérieur, 2014 ; R. BENZINE, C. MAYEUR-JAOUEN, M. PHILIP-GAY, *Rapport de la Mission de réflexion sur la formation des imams et des cadres religieux musulmans* au ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche et au ministère de l'Intérieur, 2017 ; C. PAUTHIER, « Former des cadres religieux dans une faculté de droit : retour sur une expérience strasbourgeoise », *RHFD*, n° 37, 2017, p. 253-273.
4. F. FRÉGOSI, « La problématique... », art. cit., p. 445.
5. V. F. MESSNER, *op. cit.*

en janvier 2008 à l'Institut catholique de Paris⁶ avec le soutien du ministère de l'Intérieur et du ministère de l'Identité nationale et de l'intégration. En 2010 est créé le premier DU dans une université publique à Strasbourg, puis à Lyon en 2012, Montpellier en 2013, Aix-en-Provence en 2014... Réunis en 2015 sous l'appellation générique de « diplômes universitaires de formation civile et civique » et dotés d'une « Charte d'harmonisation » déterminant des caractéristiques communes⁷, les DUFCC se multiplient rapidement sur le territoire national (9 en 2015, 18 en 2017, 33 en 2021). Dès le départ, le ministère de l'Intérieur, en charge des cultes, contribue financièrement aux DUFCC et joue un rôle moteur pour favoriser leur implantation dans les universités.

Les DUFCC délivrent un enseignement d'un volume horaire minimal de 125 heures destiné à « transmettre un socle commun relatif au contexte socio-historique, au droit et aux institutions de la France » et à « fournir des instruments en vue de faciliter la gestion des personnels et des institutions culturelles et [à] préparer les aumôniers à l'exercice de leurs fonctions dans le cadre d'une administration ou de l'armée⁸ ». Si « la variété des profils susceptibles de s'inscrire à un DU doit être recherchée⁹ », le principal objectif de ces formations demeure l'encadrement de la pratique professionnelle des cadres religieux, au premier chef musulmans. Paradoxalement, ce fil rouge continue de colorer les DUFCC, alors qu'on peut estimer que, toutes religions confondues, les cadres religieux ne représentent que 30 à 40 % des inscrits dans les différents DUFCC¹⁰.

Dix ans après la création des premiers DU, l'idée d'un public prioritaire s'affirme à nouveau avec l'obligation pour les aumôniers militaires, hospitaliers et pénitentiaires, rémunérés ou indemnisés et recrutés à partir du 1^{er} octobre 2017, d'être titulaires d'un diplôme de formation civile et civique¹¹. Si les cadres religieux musulmans restent au centre des objectifs

6. Sur cette première expérience menée à l'ICP, V. O. BOBINEAU (dir.), *Former les imams pour la République. L'exemple français*, Paris, Éd. CNRS, 2010.

7. Projet de charte des Diplômes d'Université de formation civile et civique (2015). V. aussi la dernière version : Charte d'harmonisation des diplômes d'universités (DU) de formation civile et civique (juin 2020).

8. Charte d'harmonisation des DUFCC (juin 2020).

9. *Ibid.*

10. V. chiffres (partiels) issus du « Suivi de diplômes universitaires de formation des DU de formation civile et civique » communiqué par le Bureau central des cultes pour 2018-2019 ; V. aussi N. GOULET et A. REICHARDT, *op. cit.*, p. 50.

11. D. n° 2017-756, 3 mai 2017, relatif aux aumôniers militaires, hospitaliers et pénitentiaires et à leur formation civile et civique. V. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, « Un diplôme pour l'aumônerie des services publics », *Revue du droit des religions*, n° 4, 2017, p. 181-193.

de la commande publique, ce sont les aumôniers de toutes religions qui constituent désormais un nouveau public pour les DUFCC organisés au sein des universités publiques ou des établissements d'enseignement supérieur privés d'intérêt général¹².

Pour tenter d'apprécier la mise en œuvre concrète des objectifs portés par les pouvoirs publics, il convenait de réaliser un état des lieux de ces diplômés qui rende compte d'une part des conditions de mise en place des DUFCC dans les universités et, d'autre part, de la réception de ces formations par les différents publics étudiants qui s'y inscrivent.

Cette analyse s'est fondée principalement sur des entretiens semi-directifs menés en 2019 et 2020 avec des responsables de DUFCC et des étudiants en cours de formation ou déjà diplômés¹³. 14 entretiens ont ainsi été menés avec les responsables de 11 DUFCC, ainsi qu'avec un acteur central de leur genèse. Nous avons réalisé par ailleurs 22 entretiens auprès de 24 étudiants de 6 DUFCC¹⁴. Ce choix de restreindre le nombre de DUFCC concernés nous a permis d'objectiver les effets de la formation de manière plus précise que si nous avions sélectionné aléatoirement des étudiants dans un grand nombre de sites. Parmi les 24 enquêtés étudiants, 4 sont en formation initiale (en cours de licence, ou titulaires d'un master ou doctorat) et 20 sont des professionnels en activité, principalement dans les secteurs de l'éducation et du social. Parmi ces derniers, 12 relèvent de la catégorie de cadres religieux, en tant qu'aumôniers ou responsables de cultes (à titre rémunéré ou à titre bénévole en parallèle d'une autre activité), 11 d'entre eux intervenant au titre d'organisations musulmanes et un au titre d'une association bouddhiste.

Dans un premier, temps, nous nous intéresserons à l'implantation des DUFCC dans les universités et les modalités pédagogiques mises en œuvre *in concreto* (1), avant d'analyser, dans un second temps, la réception de la formation par les étudiants à travers leurs retours d'expérience (2).

-
12. A., 5 mai 2017, relatif aux diplômes de formation civile et civique suivie par les aumôniers militaires d'active et les aumôniers hospitaliers et pénitentiaires et fixant les modalités d'établissement de la liste de ces formations.
 13. Complétés par l'analyse de documents administratifs et pédagogiques fournie par le Bureau central des cultes du ministère de l'Intérieur et par les responsables de DUFCC. Pour le détail de la méthodologie et des profils des enquêtés, V. le chapitre préliminaire du rapport : « Présentation de l'enquête et de sa population », p. 11.
 14. Lyon, Mayotte, Montpellier, Rennes, Strasbourg et Toulouse.

1. LA MISE EN PLACE DES DU DE FORMATION CIVILE ET CIVIQUE : UN SINGULIER PLURIEL

En comparaison avec les autres diplômes universitaires, les DUFCC paraissent bien atypiques : poussés, encouragés, soutenus par les pouvoirs publics et spécifiquement par le ministère de l'Intérieur qui n'est pas le ministère de tutelle des universités, visant un public inhabituel et inhabitué des couloirs des facultés, encadrant à tout le moins le contenu pédagogique, ces DU troublent le paysage universitaire et se caractérisent par une implantation *in situ*, très liée au contexte. Ces formations revêtent par ailleurs un intérêt particulier du fait de leur contenu et des relations pédagogiques qui s'y déploient. L'objectif de notre étude était de rendre compte des caractéristiques communes à ces formations et de leurs variations d'un établissement à l'autre (1.1). Bien que chaque DUFCC, pour prétendre à un agrément voire un financement du ministère de l'Intérieur, doive respecter le cadre curriculaire imposé par la « Charte d'harmonisation », ce cadre est suffisamment lâche pour permettre d'importantes variations locales en matière de choix des enseignements, des enseignants et des publics (1.2).

1.1. L'IMPLANTATION *IN SITU* DES DU

Les DUFCC ont une genèse parfois mouvementée, différente d'un site universitaire à l'autre. Cette histoire des DUFCC ne peut être lue sans l'articuler aux responsables de ces diplômes. Car l'histoire de ces DU est également la leur. En s'appropriant, en toute liberté, ces diplômes, ils ont certes imprimé leur marque distinctive, mais sont tous mus par un même engagement.

L'émergence des DUFCC au sein des sites universitaires s'inscrit dans des contextes spécifiques. En effet, si les pouvoirs publics incitent à la création puis à la généralisation de ces DU au sein des universités publiques, ces diplômes, d'un genre nouveau pour les universités tant en raison de leur contenu pédagogique que du public cible, n'ont pas tous été créés en réponse à cette incitation. Les entretiens effectués auprès des responsables de DUFCC ont mis en lumière l'hétérogénéité des conditions de leur implantation et ont permis de dégager des contextes liés pour certains DU aux spécificités du territoire de mise en place (Mayotte), à la réaction à une sollicitation d'un représentant religieux (Chambéry), à une inscription dans un projet déjà existant (Montpellier, Metz), à une demande des pouvoirs publics (Toulouse, Rennes, Dijon), mais aussi à des relations de proximité préexistantes entre

des acteurs du champ académique (Lyon). Quant aux sites universitaires de Strasbourg et d'Aix-en-Provence, ils constituent les pionniers et ont ouvert la voie à la généralisation de la démarche. Spécifiquement, la mise en place du diplôme à Strasbourg est très liée à la personne et aux travaux de son initiateur, Francis Messner. Les DUFCC se caractérisent donc par une diversité des conditions de création et de maillage territorial.

La mise en place des DUFCC passe par leur institutionnalisation au sein des universités. S'il est vrai que l'implantation de ces diplômes a pu provoquer quelques tumultes au sein de la communauté universitaire publique, dus en grande partie à la crainte d'une intrusion de la religion, toutefois, les obstacles ont été levés grâce aux responsables de DUFCC qui ont su expliquer ces diplômes ainsi qu'au soutien des différents présidents d'université. Le climat est totalement apaisé aujourd'hui. L'institutionnalisation dans les universités étant acquise, reste encore une difficulté pour les responsables de ces nouveaux diplômes, celle tenant à leur publicisation. Il faut préciser que l'opération de promotion se répète chaque année, en vue du recrutement des étudiants. De manière générale, les entretiens indiquent que les responsables s'investissent beaucoup dans ces démarches de communication, alors même qu'ils n'y sont pas préparés et que cela est chronophage. En outre, majoritairement, les responsables de DUFCC ne bénéficient pas d'un soutien suffisant des collectivités publiques bien que le diplôme réponde à une stratégie des pouvoirs publics.

Prendre la responsabilité d'un DUFCC constitue un véritable engagement, bien différent de la mission universitaire classique de l'enseignant-chercheur. De manière générale, ces DUFCC apparaissent comme un véritable défi à relever pour les responsables avec lesquels nous nous sommes entretenus. Ils ont le sentiment de participer à une mission aux enjeux sociétaux forts, de contribuer à favoriser une société d'inclusion, le vivre ensemble. Un autre critère justifiant l'engagement dans cette prise de responsabilité réside dans l'adéquation scientifique du DUFCC avec le propre parcours en recherche des responsables des DUFCC. Elle peut être forte pour certains ayant fait leur thèse sur la laïcité et écrivant sur le « fait religieux », ou encore être étroitement liée à leur terrain de recherche. Parfois, le lien est plus indirect, lorsque l'enseignant travaille sur les libertés publiques. Dans quelques cas, l'unité de recherche à laquelle les enseignants et le DUFCC sont rattachés peut renforcer la légitimité de la formation et est susceptible d'aider au recrutement d'intervenants. Certains responsables de DUFCC considèrent que la prise en charge du diplôme est peu valorisée en tant que telle dans la carrière universitaire, mais valorisée en tant qu'expertise permettant d'établir un lien étroit entre enseignement au DUFCC et recherche-action.

S'agissant d'enseignants universitaires, les responsables des DUFCC sont très attachés aux libertés académiques. Cette liberté n'est pas a priori remise en cause dans les diplômes qu'ils dirigent. Toutefois, on peut considérer que les DUFCC sont relativement contraignants dans les contenus disciplinaires et les volumes horaires. Dans le cadre prédéfini, les responsables se ménagent sans difficulté un espace de liberté. Cela est très perceptible dans les choix curriculaires qu'ils opèrent et l'adaptation des maquettes, mais cela se traduit également dans l'intitulé du diplôme. En effet, si tous peuvent être regroupés sous l'appellation générique « DU de formation civile et civique », aucun d'entre eux, néanmoins, ne porte cet intitulé. L'intitulé du DUFCC est, en quelque sorte, la marque de fabrique de son responsable. De surcroît et au fil de notre enquête, nous avons relevé que certains « mots » les fâchent, ce qui témoigne de l'esprit critique de la communauté des chercheurs, de leur autonomie et de leur indépendance. Ces mots concernent au premier chef l'expression « cadres religieux musulmans », catégorie controversée ou à tout le moins discutée¹⁵, mais également les notions de radicalisation, de terrorisme, évoquées par des responsables de DUFCC qui craignent les confusions et les raccourcis sémantiques opérés entre radicalisation, terrorisme et formation à la laïcité.

1.2. FORMATIONS ET CHOIX PÉDAGOGIQUES : CONVERGENCES ET DIFFÉRENCIATIONS CURRICULAIRES

Depuis 2015, la « Charte d'harmonisation » qui conditionne l'agrément des DUFCC par les ministères de l'Intérieur et de l'Enseignement supérieur explicite les attentes à l'égard de ces formations. Cette Charte leur assigne trois objectifs pédagogiques, à la fois académique, professionnel et socio-politique. Si l'on s'en tient à l'ordre des priorités affichées par la Charte, il semble que la finalité pédagogique première des DUFCC réside dans la transmission de savoirs juridiques sur l'encadrement du fait religieux en général, et la laïcité en particulier. La deuxième finalité pédagogique consiste à préparer professionnellement le personnel des institutions culturelles, au moyen d'enseignements appliqués. Enfin, la formation vise la transmission de savoirs contextuels, propice à la constitution d'une « culture générale des religions en France », tournée vers le dialogue interreligieux. À ces trois finalités explicites de la Charte des DUFCC s'ajoutent des finalités latentes,

15. V. l'introduction du rapport : « Les “cadres religieux musulmans” : retour sur une catégorie problématique », p. 3.

qui constituent un arrière-plan politique des enjeux pédagogiques, dont les responsables de DUFCC sont conscients, et qu'ils entendent mettre à distance, selon des logiques parfois ambiguës, liées aux différentes dimensions de leurs positions, en tant qu'enseignants, responsables de formations, chercheurs, en tant qu'experts parfois sollicités en dehors de l'espace académique.

La question se pose de la manière dont les responsables de DUFCC, pour la plupart critiques à l'égard de ces finalités politiques latentes, les négocient. En effet, ils se montrent presque tous attachés à mettre à distance l'enjeu sécuritaire qui sous-tend le financement et l'encadrement de ces diplômés¹⁶, au profit de conceptions pédagogiques qui mettent en avant la liberté et l'autonomie de la production du savoir académique et de sa diffusion auprès d'un public sélectionné sans condition de confession. Il est à noter que cette mise à distance critique de l'enjeu sécuritaire a fait l'objet de publications par certains de ces responsables¹⁷, fortement susceptibles d'être, sinon lues, du moins connues par leurs collègues.

Des divergences significatives apparaissent dans le poids respectivement accordé aux trois objectifs pédagogiques prévus dans la Charte ministérielle. Si ces trois objectifs sont généralement considérés comme complémentaires, certains responsables apparaissent prioritairement attachés à la transmission de savoirs académiques sur les institutions de la République et la laïcité; d'autres à la transmission de savoirs appliqués et à la mise en situation professionnelle d'étudiants qui, pour bon nombre, sont des professionnels; d'autres enfin à la transmission de savoirs « politiques » ou d'« expériences » sur les religions et à la création d'un espace de rencontre et de dialogue inter-religieux. Les conceptions divergentes des finalités éducatives des DUFCC ne sont pas indépendantes des positionnements de leurs responsables dans le champ scientifique.

Telle que prévue par la Charte, la formation apparaît plutôt légère en termes de volume horaire pour un diplôme de l'enseignement supérieur. Par ailleurs, la répartition des enseignements est conçue pour être centrée sur le droit des institutions de la République en général, et sur le droit de la laïcité et des cultes en particulier (au moins 70 h sur les 125 h), auxquels s'ajoutent les sciences humaines et sociales des religions. Sur le plan des pratiques d'enseignement, la Charte incite les responsables pédagogiques à

16. V. dans le rapport, « Finalités pédagogiques officielles et finalités pédagogiques latentes des DUFCC », p. 38.

17. V. not. F. FRÉGOSI, « De quoi le gouvernement de l'islam en France est-il le nom ? », *Confluences Méditerranée*, n° 106, 2018/3, p. 35-51; C. PAUTHIER, art. cit.

privilégier des formats propices aux interactions, aussi bien verticales (entre enseignants et étudiants) qu'horizontales (entre étudiants eux-mêmes). Enfin, un système de tutorat ou une option facultative en langue française peuvent être proposés aux étudiants, deux dispositifs qui laissent entrevoir la possibilité d'une désorientation scolaire de certains d'entre eux. Conformément aux attendus de la Charte, la plupart des maquettes pédagogiques sont dominées par le droit. Toutefois, en raison des latitudes permises, on observe d'importantes variations en termes de volume global et de pondération des disciplines d'un DUFCC à l'autre. Ces variations s'expliquent principalement par les caractéristiques de l'établissement de rattachement du DU en question, et, avec elles, par les caractéristiques des responsables et ressources enseignantes disponibles pour la formation¹⁸.

Certains entretiens illustrent les potentielles difficultés que pose la transmission de savoirs sur le religieux de la part d'intervenants extérieurs à l'université dont l'expérience de l'enseignement est faible, *a fortiori* face à un public précisément recruté pour sa diversité confessionnelle. Si les enseignants-chercheurs ne sont pas toujours à l'abri de controverses relatives à la réception de leurs enseignements, leur expérience et leur autorité universitaire leur permettent généralement de désamorcer les éventuels heurts pédagogiques. Ainsi, parmi les DUFCC dont les responsables ont été rencontrés, seuls ceux de Montpellier, Toulouse et Rennes font intervenir des professionnels de la religion. Par ailleurs, la visite de lieux et d'organisation culturels encadrée par des universitaires peut constituer une alternative pédagogique, comme c'est le cas à Lyon, ou à Aix-en-Provence où des visites de synagogue, mosquée et loge du Grand Orient font partie intégrante de la formation.

En raison des finalités pédagogiques particulières des DUFCC, les responsables de ces formations adaptent leurs modalités de sélection et d'évaluation aux publics ciblés, souvent au détour d'ajustements entrepris au bout d'une ou deux années de fonctionnement. Selon qu'ils ciblent prioritairement des cadres religieux, musulmans ou non, des professionnels en formation continue, issus du monde de l'entreprise ou de la fonction publique, ou qu'ils s'adressent à des étudiants en formation initiale, en droit ou dans d'autres disciplines, les responsables anticipent (ou s'ajustent rapidement à) des niveaux scolaires plus ou moins (dés)ajustés à une formation en théorie de niveau universitaire. Il convient de souligner également l'enjeu de l'inégale maîtrise de la langue française susceptible de constituer une difficulté

18. V. dans le rapport, « Le droit à titre principal, les sciences sociales au second plan », p. 42.

majeure dans le suivi de la formation. Notre enquête confirme qu'il y a bien là un élément essentiel de la sélection à toutes les étapes de la formation, notamment s'agissant des cadres religieux musulmans.

Si les contraintes scolaires apparaissent dans l'ensemble plus faibles dans les DUFCC que dans d'autres formations universitaires de même niveau, elles varient cependant une nouvelle fois en fonction des sites. Les responsables les plus attachés à une conception scolaire de la formation tentent de conserver des modalités d'évaluation des acquisitions apparentées aux évaluations universitaires (mémoires, épreuves écrites, oral de fin d'études). Ceux qui privilégient la fonction sociale de création d'un espace de dialogue interreligieux dans un souci d'inclusion de publics éloignés de l'univers scolaire ont davantage tendance à abaisser au maximum les barrières à l'obtention du diplôme, afin de permettre sa délivrance à un public le plus large possible. Pour ces responsables, l'engagement dans le DUFCC se mesure principalement à la présence en cours, qui justifie l'obtention du diplôme, quel que soit le niveau d'acquisition des savoirs des étudiants à la fin de l'année universitaire.

Il est à noter que tous les DUFCC font de l'assiduité aux enseignements une condition nécessaire, mais non suffisante, de validation du diplôme. En dehors de cette commune exigence d'assiduité, on observe donc une assez forte hétérogénéité dans le degré d'exigence des examens de validation pour une même catégorie de diplôme.

Après avoir relaté l'implantation des DUFCC dans les universités et la teneur des programmes et modalités pédagogiques proposées, il convient de s'intéresser à la réception de ces formations par les étudiants par le biais de leur expérience universitaire.

2. UNE FORMATION POUR ACQUÉRIR DES CONNAISSANCES ET ENRICHIR SES EXPÉRIENCES

Notre enquête a mis en lumière les motivations profondes ayant conduit à l'inscription dans un DUFCC¹⁹ et révèle notamment que les engagements professionnels et associatifs des enquêtés en ont constitué des éléments déterminants. Il en ressort un fort intérêt pour des savoirs qui dépassent les cadres disciplinaires habituellement proposés dans l'enseignement et l'on mettra

19. V. dans le rapport, « Les motivations des enquêtés pour s'inscrire au DUFCC », p. 54.

ici l'accent sur deux apports principaux largement mis en évidence par les étudiants. D'une part, la diversité des publics et le dialogue entre étudiants aux profils variés sont apparus aux enquêtés comme un gage de richesse et de rencontre des convictions, les conduisent à apprendre par l'échange avec « l'autre » (2.1). Les étudiants ont particulièrement apprécié d'autre part les enseignements juridiques, en particulier ceux en rapport avec l'encadrement des organisations et activités religieuses. L'étude spécifique de la laïcité par le prisme du droit leur a permis de comprendre différemment cette notion et de la relier à leur expérience de la citoyenneté (2.2).

2.1. LA DIVERSITÉ DES PUBLICS, GAGE DE RICHESSE ET DE RENCONTRE D'AUTRES CONVICTIONS

L'accueil d'étudiants aux profils variés fait partie des objectifs assignés aux DUFCC et est par ailleurs largement valorisé par les responsables des diplômes. La diversité des publics des DUFCC est également spontanément mise en avant par les étudiants qui évoquent la richesse des échanges, des rencontres parfois marquantes, voire l'instauration d'amitiés durables pour quelques-uns d'entre eux. L'importance de la mixité de genre est soulignée par les plus jeunes des étudiantes, et les relations intergénérationnelles présentées positivement par les plus âgés des enquêtés, qui précisent parfois que « jeunes » et « anciens » avancent néanmoins à des rythmes différents. L'entraide entre étudiants est fréquemment évoquée et elle est souvent prise en charge par une ou plusieurs étudiante(s) sous forme d'une prise de notes partagée ou de rédaction de résumés transmis aux étudiants les plus en difficulté, du fait notamment d'une maîtrise moindre de la langue française. Sans s'attarder sur leurs performances scolaires ou académiques lorsqu'ils évoquent leurs condisciples, les enquêtés mentionnent d'abord la coexistence de profils variés (cadres religieux, agents publics, salariés du secteur privé...) évoluant dans des univers aussi différents que le milieu hospitalier, le milieu carcéral, l'entreprise, l'enseignement, l'action socio-éducative..., mais aussi le contact entre des adeptes de diverses confessions et des « athées bien convaincus ». Plusieurs enquêtés, jeunes étudiants en formation initiale comme professionnels en reprise d'études, estiment ainsi que la formation s'est révélée être une véritable aventure humaine et qu'ils ont côtoyé pendant cette année universitaire des personnes qu'ils n'auraient jamais eu l'occasion de rencontrer par ailleurs. La diversité des publics devient ainsi une composante à part entière de la formation au sens où l'échange des points de vue permet d'étoffer et de faire évoluer ses propres positions. Les étudiants y font

l'apprentissage empirique de la confrontation des opinions et des convictions, y compris religieuses, sur des sujets qui alimentent parfois la controverse dans le champ public et médiatique. Ils témoignent de leur attachement aux discussions parfois animées, et en général bienveillantes, qui ont lieu lors des cours ou de moments informels. Si ces interactions constituent pour nombre d'étudiants un apport à part entière de la formation, c'est parce qu'elles signifient la rencontre d'expériences et de parcours individuels dont la diversité est rarement autant représentée dans les autres espaces sociaux et en particulier dans les autres cursus universitaires. Et c'est bien la conjonction entre une formation réalisée dans le cadre universitaire et des engagements professionnels ou associatifs qui constitue une des originalités du DUFCC. Le goût exprimé pour ces discussions entre étudiants est cependant tempéré par le constat de l'insuffisance des temps d'échanges. Plusieurs enquêtés se déclarent frustrés de ne pas avoir plus d'occasions de discussions et sont en demande de moments plus formalisés.

La majeure partie des enquêtés expriment la volonté de maintenir ce lien entre étudiants, mais aussi avec l'université, à l'issue de la formation et regrettent l'absence de continuité après le DUFCC, qui leur aurait permis de garder un lien avec les enseignants et les étudiants pour pouvoir échanger sur un problème, de suivre des séminaires sur les thématiques abordées lors de la formation... En effet, en dehors de quelques amitiés durables, les liens perdurent rarement au-delà de l'année universitaire. Quelques enquêtés continuent d'assister à certaines journées d'études mais souhaiteraient avoir des rencontres entre anciens étudiants, être mieux informés des conférences de l'université... Les enquêtés sont demandeurs du maintien d'un lien avec l'université, voire souhaitent une « suite » au DUFCC.

Du fait de la variété des profils en présence, le DUFCC ne représente pas simplement un diplôme à obtenir, mais s'y ajoute une expérience vécue au sein d'un groupe qui constitue « une sorte de micro-société ». Acquérir des connaissances et compétences dans une perspective de vivre ensemble au sens large fait d'ailleurs pleinement partie des facteurs de motivation à l'inscription au DUFCC. La place accordée au droit dans la formation est ainsi particulièrement valorisée, dans la perspective de mieux appréhender le cadre juridique de la prise en compte du fait religieux et en particulier le principe de laïcité.

2.2. LE DROIT COMME VECTEUR DE « VÉRITÉ » POUR UNE NOUVELLE PERCEPTION DE LA LAÏCITÉ

Lorsqu'ils évoquent les apports des enseignements du DUFCC, les enquêtés qui exercent une activité professionnelle ou associative parallèlement à la formation mentionnent volontiers le renforcement de compétences méthodologiques qui peuvent leur être utiles dans leurs fonctions, des connaissances relatives aux religions qui les intéressent beaucoup mais qui ne sont pas toujours immédiatement applicables à leur pratique, et surtout une meilleure compréhension des règles leur permettant de fournir des réponses dans le cadre de leur activité. Les professionnels sont particulièrement intéressés par les enseignements qui leur apportent des connaissances qu'ils peuvent directement mettre au service de situations concrètes, même si ceux qui sont le moins dotés en capital scolaire vont davantage opposer leur expérience de terrain aux savoirs académiques qu'ils considèrent n'être pas toujours adaptés à la complexité des réalités rencontrées. Néanmoins, tous ont une prédilection pour l'acquisition de connaissances utiles à leur pratique professionnelle ou associative et valorisent le cadre universitaire, garant de liberté intellectuelle et de traitement « objectif » des religions. L'image qu'ont les enquêtés du milieu académique avant leur inscription est confirmée par leur expérience de la formation lorsqu'ils disent avoir apprécié une approche qualifiée d'« objective » qui leur semble caractéristique des universitaires. De façon paradoxale, des prises de position des enseignants sont parfois valorisées au titre de l'objectivité, car considérées comme une preuve de liberté intellectuelle et d'indépendance, par exemple lorsque ceux-ci portent un regard critique sur certains aspects du cadre légal ou du discours médiatique. Cette mise en valeur du cadre académique s'accompagne d'une attention particulière portée au traitement des religions et activités religieuses, perçues comme un champ de compétences à part entière. La dimension scientifique et impartiale qui doit s'attacher aux enseignements universitaires est d'autant plus mise en avant lorsqu'il s'agit d'aborder les religions dans une formation où nombre d'étudiants ont des connaissances et compétences qu'ils peuvent confronter à ce qui leur est présenté.

Le droit est souvent présenté par les enquêtés comme la discipline qu'ils ont préférée, en particulier pour ceux qui ne l'avaient jamais abordée auparavant. La conception du droit comme étant une matière « objective » avant l'inscription au DUFCC s'est confirmée pendant la formation. Celle-ci permet aux enquêtés de distinguer la définition juridique de la laïcité de ce qui relève du discours médiatique. Le droit permet ainsi une nouvelle compréhension de la laïcité qui est alors perçue par les enquêtés comme un élément positif

pour les religions et le vivre ensemble. Sur la notion de laïcité, on assiste à un renversement de point de vue chez plusieurs étudiants aumôniers, imams ou qui occupent des fonctions au sein d'organisations musulmanes. Avant la formation, ceux-ci percevaient la laïcité comme « antireligieuse » et coercitive. Cette appréhension de la laïcité est modifiée au cours du DU grâce à sa compréhension juridique et ils découvrent une laïcité plus permissive, dans un État qui respecte les religions. Plusieurs étudiants occupant d'autres activités professionnelles font leur cette conception renouvelée de la laïcité synonyme de garantie de la pluralité des cultes et plus largement d'ouverture d'esprit face aux questions religieuses, en particulier lorsqu'ils travaillent avec des publics diversifiés.

La connaissance des règles juridiques et du cadre de la laïcité leur ouvre la possibilité d'utiliser les mêmes outils que leurs interlocuteurs institutionnels et permet ainsi de développer de nouvelles capacités d'agir non seulement dans le cadre d'engagements professionnels ou associatifs, mais aussi en tant que simples citoyens conscients de leurs droits, de leur étendue mais également de leurs limites. La formation est alors perçue comme promouvant une culture citoyenne qui devrait par conséquent s'adresser à un public beaucoup plus large que les cadres religieux initialement visés par les DUFCC.

Lorsqu'ils expriment une appréciation générale sur le rôle et les objectifs des DUFCC, les enquêtés sont nombreux à considérer que la formation devrait s'adresser à toute personne désireuse de s'inscrire dans une démarche citoyenne et insistent sur la nécessité de promouvoir le DUFCC au-delà du cercle des cadres religieux. Les enquêtés aumôniers, imams ou engagés dans des associations musulmanes sont conscients de faire partie du public « cible » de la formation et critiquent fréquemment l'image du DUFCC perçu comme destiné à former des imams, en estimant même qu'elle décrédibilise le diplôme. Les enquêtés constatent un décalage entre la formation qu'ils ont suivie et dont ils font l'éloge et l'image de « DU pour les imams » qui lui demeure associée. Ils plaident pour qu'elle soit valorisée au-delà du cercle des cadres religieux afin de « former des citoyens français tout court ». Imams, aumôniers, membres actifs d'associations, mais aussi éducateurs, formateurs... nombre d'étudiants des DUFCC ont un engagement social et font preuve d'un grand intérêt pour la chose publique. La grande majorité des enquêtés considère que cette formation devrait être suivie par un large public, y compris par certains partenaires institutionnels avec qui ils sont régulièrement en contact.

Parce qu'ils sont souvent engagés professionnellement, mais aussi dans des associations, dans la vie de leur quartier ou de leur ville, les étudiants du DUFCC sont particulièrement sensibles à l'apport de connaissances issu de la formation qu'ils peuvent mettre en œuvre au profit de leurs activités et de la communauté citoyenne dans son ensemble.

Les effets du DUFCC en termes de débouchés professionnels restent cependant limités et, pour la majeure partie des enquêtés, l'obtention du DUFCC a eu peu d'effets concrets sur leur trajectoire professionnelle²⁰. Quelle que soit l'activité professionnelle ou associative concernée, les étudiants considèrent néanmoins que les connaissances acquises durant la formation leur permettent d'exercer leur fonction de façon plus adaptée. Ils se sentent en général confortés dans leur pratique et expriment un sentiment de confiance renforcée y compris, pour certains, dans leurs relations institutionnelles, même si ce constat n'est pas partagé par tous.

Les enquêtés expriment une satisfaction générale à l'égard de la formation suivie, quels que soient l'établissement ou l'année universitaire concernés. S'ils ont une perception très différente du niveau des enseignements et de la quantité de travail à fournir selon qu'ils s'y sont inscrits à une période plus ou moins éloignée de leur parcours de formation initiale, ils ont un avis globalement positif s'agissant de la qualité des enseignements et des enseignants et de l'intérêt des connaissances acquises. Le DUFCC est présenté souvent comme un « vrai plaisir » et un enrichissement personnel. De plus, pour certains étudiants, il leur a permis d'élargir leurs perspectives en matière de formation et de s'inscrire ensuite à d'autres DU ou cursus universitaires.

L'enquête a mis en évidence deux conceptions principales des missions des DUFCC : l'une, plutôt universaliste, visant à l'apprentissage du principe de laïcité et de la liberté religieuse offert à tous les volontaires, sans distinction. L'autre, davantage utilitariste et développant des approches très appliquées, visant à l'encadrement de la pratique professionnelle des cadres religieux, principalement musulmans.

Les savoirs juridiques sur l'encadrement du fait religieux et la laïcité occupent en tout état de cause une place centrale dans les maquettes et le droit est une matière plébiscitée par tous les étudiants, certains occupant grâce au diplôme la position de « référent laïcité » dans l'institution qui les emploie ou mobilisant ces règles juridiques dans leurs activités professionnelles ou

20. V. dans le rapport, « L'usage du DUFCC dans la pratique professionnelle ou associative », p. 85.

associatives. La question se pose néanmoins de savoir s'ils ont acquis une suffisante maîtrise du droit pour être ou se dire spécialistes de la laïcité. Ne conviendrait-il pas d'offrir des modules ou séminaires complémentaires après le DU afin d'actualiser et d'approfondir les connaissances avec des mises en situation, ce type de suivi répondant, du reste, à une demande des étudiants ?

Pour poursuivre sur l'ambiguïté de cette double perception, le fait que l'obtention du DUFCC est désormais obligatoire pour les aumôniers rémunérés accentue le risque d'un étiquetage de la formation comme « diplôme pour les cadres religieux ». Or les enseignements dispensés dans les DUFCC recèlent beaucoup d'intérêt pour ceux qui, pour leurs études, de futurs concours, leur profession ou tout simplement en tant que citoyens, souhaitent acquérir ou approfondir la question du « fait religieux ». En tout état de cause, il s'avère que l'identification des DUFCC à une population cible n'est pas favorable à un recrutement de publics diversifiés permettant la connaissance de l'autre et la confrontation des opinions et des convictions, dimension considérée comme une composante à part entière de la formation par les responsables de DU et par les étudiants.

Religious Minorities and Sexual Diversity: The Holistic Approach

Daniele FERRARI*

Università degli Studi di Siena

RÉSUMÉ

L'article propose une réflexion sur la relation entre la notion de minorité religieuse et les droits LGBT dans le droit international et européen. Cette contamination progressive est analysée suivant trois étapes: l'exclusion, l'inclusion et l'approche holistique. Partant de l'exclusion originelle des droits LGBT et des droits des minorités des droits humains, l'émergence de la diversité sexuelle dans le statut juridique des minorités religieuses est d'abord tracée grâce à la nouvelle formule « minorité sexuelle » puis par l'approche holistique des Nations unies à la liberté de religion ou de conviction.

ABSTRACT

This article aims to investigate the relation between the religious minority status and LGBT rights in international and European law. Three phases are singled out: exclusion, inclusion and holistic experimentation. As sexual and human minority rights were originally not counted among fundamental freedoms, the gradual inclusion of sexual diversity is observed first with a focus on the new concept of “sexual minority” and then in the United Nations' holistic approach to freedom of religion or belief (FoRB).

* This article was written within the framework of a University of Siena project on religious diversity in Europe funded by the Italian Ministry of Research (PRIN 2017). We would like to thank Jean-Yves Bart, University of Strasbourg (MISHA), for his careful proofreading.

INTRODUCTION

In its 2010 report on “Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation”, the United Nations High Commissioner for Human Rights of United Nations highlighted new questions pertaining to the definition of minorities and the protection of minority rights. The expert first asked whether “persons with disabilities, persons belonging to certain political groups or persons with a particular sexual orientation or identity (lesbian, gay, bisexual, transgender or intersexual persons)” fell within the remit of the international notion of minority. Secondly, the High Commissioner generally recalled that “the United Nations Minorities Declaration is devoted to national, ethnic, religious and linguistic minorities”. In light of this, the text added that it “is also important to combat multiple discrimination and to address situations where a person belonging to a national or ethnic, religious and linguistic minority is also discriminated against on other grounds such as gender, disability or sexual orientation”.¹ Based on the latter statement, minorities and LGBTI² people intersect in two different respects: a group of homosexual, bisexual, transgender or intersexual persons can be designated as a minority in international law in addition to the traditional four models protected by international law (national, ethnic, religious and linguistic); minority rights may be implemented to protect LGBT people from multiple discrimination. Recently, the European Union (EU) has endorsed this approach through the European Commission’s “LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025”.³ Amid this EU effort to protect LGBTIQ rights, LGBTIQ people who “come from ethnic or religious minority background” are described as more vulnerable to discrimination. LGBTIQ persons who are part of religious minority groups are accordingly a target group of the European Union’s agenda for the protection of LGBTIQ rights. In more general terms, in 2016, the Council of Europe stressed the necessity to mention LGBTI people in the framework of minorities only “when the specific needs of certain minorities need an extra focus of emphasis

1. UN OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation* (HR/PUB/10/3/2010), 2010, p. 3.

2. In international and European law, LGBTI is an acronym referring to subjects who identify or are defined as lesbian, gay, bisexual, trans (transgender, transsexual) and intersex. The terms LGBT minus the reference to intersexual people, and LGBTIQ, which includes queer people, are also used.

3. EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Union of Equality: LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*, 12 Nov. 2020, p. 4.

in policies”.⁴ Overall, a synergy⁵ has emerged regarding the approaches to sexual diversity and religion-related matters between international and European bodies. Also, and as will be discussed later, this synergy has led to new challenges to the traditional legal definition of religious minorities in international and European law.

Based on this introductory overview, starting from the original exclusion of minority rights and LGBT rights from human rights, my hypothesis is that the recent gradual recognition of LGBT rights has had an impact on the traditional definition and the legal status of religious minorities through the protection of the right of freedom of conscience and religion of homosexual persons.⁶ To explore this issue, I propose an analysis divided into three chronological sections retracing the contamination between sexual diversity⁷ and religion in minority rights.

1. EXCLUSION (1948-1977)

The dynamic of exclusion of sexual diversity and minority rights from the remit of fundamental rights can be traced from 1948 to 1977, a period characterized by different trajectories for human rights and religious minority rights.

In 1948 and 1950, the legal codification process of human rights at the international and European level did not include any explicit provision mentioning religious minority and rights linked to sexual diversity.

The Universal Declaration of Human Rights guarantees only the freedom of conscience or religion (Art. 18 UDHR) and the principle of non-discrimination on grounds of sex (Art. 2 UDHR). Overall, these provisions were also endorsed by the Council of Europe in the draft European Convention

4. COUNCIL OF EUROPE, *Compendium of Good Practices on Local and Regional Level Policies to Combat Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, June 2016, p. 11.

5. On the notion of synergy in legal sources and policies relating to minority rights, see K. HENRARD and R. DUNBAR (eds.), *Synergies in Minority Protection. European and International Law Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

6. P. JOHNSON and R.M. VANDERBECK, *Law, Religion and Homosexuality*, Abingdon-New York, Routledge, 2014.

7. In this regard, see this recent, important and extensive example of investigation of the notion of “sexual diversity” in scholarship: M.J. BOSIA, S.M. McEVOY and M. RAHMAN (eds), *The Oxford Handbook of Global LGBT and Sexual Diversity Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

of Human Rights which, similarly, protects them within Article 9 and 14 ECHR (freedom of conscience or religion and non-discrimination protection, respectively).

Although the reasons for these two gaps differ, it is evident that, initially, religious minorities and gays did not fit the model of inviolable rights picked in Geneva. In particular, the notion of religious minority emerged from debates at the UN level on the opportunity to include human rights within the text of the UDHR⁸.

Yet, in the UDHR, the concept of sexual orientation is excluded from the principle of non-discrimination in Article 2 (albeit indirectly); it is implicitly defined and shaped in reference to the heterosexual models cited regarding the right to marry and to found a family in Article 16.

It emerged from the debate at the United Nations Committee in charge of processing the Universal Declaration, the term “sex” used in Article 2 on the principle of non-discrimination referred to men and women.⁹ Discrimination based on sex did not apply to homosexual or transsexual people. In that context, as well as in Article 14 of the European Convention, sex means male and female and does not take sexual orientation into account.

Mirroring a definition of marriage that excluded same-sex partners, human rights solely acknowledged the heterosexual model at the global and regional level. The analysis of Article 16 in the Universal Declaration and Article 12 of the European Convention of Human Rights support this assumption. Article 16 states that “men and women of full age [...] have the right to marry and to found a family”. Article 12 used a similar phrasing, reading: “Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family”. These wordings adhere to the Western religious tradition of marriage, as exemplified by canon law, and recognize the legal notion of family as a fundamental right for men and women. The influence of Western values on the draft Article 12 was pointed out by representatives of Islamic states during the elaboration of the Universal Declaration. Jamil Baroodi, a Saudi

8. In my book on the concept of religious minority in international and European law, I have shown that initially, the United Nations found the inclusion of minority rights in human rights problematic due to the difficulty of encapsulating the concept of ethnic, linguistic and religious minority in a specific universal provision. See D. FERRARI, *Il concetto di minoranza religiosa dal diritto internazionale al diritto europeo. Genesis, sviluppo e circolazione*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 64 ff.

9. See, for example, WORKING GROUP ON THE DECLARATION ON HUMAN RIGHTS, *Summary record of the 2nd meeting* (E/CN.4/AC.2/SR.2), 5 Dec. 1947, p. 2-3.

Arabian delegate noted that “authors of the draft declaration had for the most part taken into consideration only the standards recognized by Western civilization and had ignored more ancient civilizations”.¹⁰ As a result, in a way that also ignored Islamic traditions about family, gender diversity between two partners in a monogamous relationship was the condition to enjoy and claim protections of Articles 12 and 16.

Let us now to consider the trajectory of minority rights. In 1966, the UN introduced the phrase “ethnic, religious or linguistic minorities” in Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights.¹¹

Overall, Article 27 affords specific FoRB¹² guarantees to the members of religious minorities and, like to the UDHR text, it also protects the personal quality of sex through the non-discrimination principle. Although this provision protects people as members of a group sharing a pattern of cultural, religious and/or linguistic values, it does not contain any specific reference to sexual diversity.

Article 23, par. 2 features the same expression used by the ECHR to recognize and defend “the right of men and women of marriageable age to marry and to found a family”. The inclusion of minority rights in human rights preserved the heterosexual model as a key factor in the definition of family and marriage, but not necessary the monogamous model, as it emerged during the process of interpretation of Article 27. Regarding the interpretation of religious minority rights, the frame of reference is the 1977 “Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities” by Francesco Capotorti, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.¹³ In this extensive document, the paragraph on the celebration of religious marriage is particularly significant.¹⁴ The broad definition of marriage and family underlined by the expert in the context of religious minority traditions reflects

10. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. THIRD COMMITTEE (A/C.3/SR.125), *Draft international declaration of human rights* (CE/800), 9 Nov. 1948, p. 370.

11. The text of Article 27 provides that: “In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language”.

12. For an extensive analysis of the linguistic genesis, mobilization and translation of the “FoRB” concept, see M. VENTURA, “The Formula ‘Freedom of Religion or Belief’ in the Laboratory of the European Union”, *Studia z Prawa Wyznaniowego*, n° 23, 2021, p. 7-53.

13. F. CAPORTI, *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities* (ST/HR(05)/H852/no. 5, 1979), New York, 1979.

14. *Ibid.*, § 398 ff., p. 70 ff.

different variations on the conventional union between men and women. Whether these relationships are monogamous or polygamous depends on the minority considered. As Capotorti underlines, upon state recognition of the variety of religious traditions on marriage, the right to marry will apply to different kinds of unions.

For example, in Ghana “three types of marriage are recognized: those performed under the statutory marriage ordinance, those conducted according to customary law and those conducted under Islamic law”.¹⁵

However, considering that Capotorti’s first draft and interpretation of religious minority rights does not include any mention of “sexual diversity”, the challenge is now to consider which provisions have contemplated this wording. This will be the subject of the next section.

2. INCLUSION

In international and European arenas, the gradual inclusion of sexual diversity in the legal status of religious minority can be traced from 1985 to 2013.

While several different paths were taken, the first step within international documents was the recognition of the term “religious minority” as such.

Overall, until 2000,¹⁶ no legal source contains any explicit phrasing on sexual orientation.

Still, in 1985, Jules Deschênes was appointed by a United Nations Sub-Commission to produce a new study on the legal notion of minorities. He was the first ever to take gays into account in disputes linked to the international definition of minorities.¹⁷ In the process of defining the term minority, the expert noted that “a reader in Somerset expressed his disagreement”.¹⁸ Arguing that that person was probably “unfamiliar with the limitations of article 27”, Deschênes writes that he criticized its definition for

15. *Ibid.*, § 382, p. 67.

16. In particular, the first legal sources to mention the phrase “sexual orientation” with respect to the non-discrimination principle were the European Charter of Human Rights (Art. 21) and Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

17. J. DESCHÊNES, *Proposal concerning a definition of the term “minority”* (UN Doc E/CN.4/Sub.2/1985/31), 14 May 1985.

18. *Ibid.*, § 19, p. 5.

being too narrow, and as such incapable to protect “blacks in South Africa, women in the United Kingdom and gays”.¹⁹ Deschênes admitted that blacks in South Africa were relevant to his study. As far as women and gays were concerned, however, he found that: “It is difficult to see how they could be included in ethnic, religious or linguistic minorities”²⁰. Even though the expert chose not to include “gays” in the definition of “minority”, this was the first time that gays were mentioned in connection with Article 27.

Once this avenue was opened, the UN gradually changed its approach and moved towards increasing overlap between human rights and LGBT rights.

In international law, the decision on *Toonen v. Australia*²¹ was a turning point. The ruling led to a new vision of human rights as guarantees that do not admit discrimination on sexual orientation, thus also deepening their relation with minority rights.

This has happened in two ways: (1) LGBT people have been considered, like ethnic, linguistic, national and religious minorities, as minority groups in reference to the heterosexual majority; (2) the application of the principle of non-discrimination on grounds of religion and sexual orientation to minorities has been redefined.

Regarding the first point, whether LGBTI people can be referred to as minorities is an open question that is the subject of an institutional debate between the UN and the EU. In 2010 the Office of the High Commissioner for Human Rights underlined this challenge with respect to the definition of minorities. It implicitly concluded that the notion of national, ethnic, religious and linguistic minorities cannot work apply to all LGBTI people, but only to those belonging to minorities protected by the UN.²² Following this suggestion, the traditional distinction among, *inter alia*, religious minorities and LGBTI people can be overcome, when these groups intersect.

Moving now to the European Union, a group of experts appointed by the European Parliament’s Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs to conduct a study about minority rights described issues linked to homosexuality and sexual orientation as “human rights of minorities” in the

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*

21. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992 (U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992), 31 March 1994.

22. UN OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation*, *op. cit.*, p. 3.

case law of the European Court of Human Rights²³. Under that interpretation, LGBT people appear to be considered as minorities regardless of the intersection, *inter alia*, with religious minorities.

In different and more vague terms, in 2020 the relation between minorities, religion and LGBT rights has been framed by the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief using the phrase “sexual minorities”. Recalling actions promoted by the Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect in the agenda to prevent incitement of violence for religious leaders, the expert used this wording without further specifications.²⁴ In these documents, women, girls and sexual minorities (LGBT+ persons) are represented as vulnerable groups to be protected by engaging with religious leaders. Neither source, however, defines the meaning of “sexual minorities”. On this account, in my understanding the origin of the term can be traced back to the “Study on the legal and social problems of sexual minorities” prepared in 1986 by Mr. Fernand-Laurent.²⁵ In this document, commissioned by the Economic and Social Council²⁶ for the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, the French ambassador used the new wording of “sexual minorities” to describe the condition of homosexuals and transsexuals. Beyond the conclusions reached by the expert to explain the phenomenon of homosexuality in the world,²⁷ for the first time the notion of minority was used as a model to outline a specific legal category for homosexuality and transsexuality.

Following the author’s point of view, sexual minorities are “groups of persons who are, implicitly or explicitly, protesting against the established order, who refuse to play the role assigned to them as men or women and who, when possible, set up groups to demand the satisfaction of their particular needs and to help one another. This definition covers male and female homosexuals (lesbians), who set themselves apart by having a relationship

23. EUROPEAN PARLIAMENT’S COMMITTEE ON CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS, *Towards a comprehensive EU protection system for minorities*, August 2017, p. 65.

24. SPECIAL RAPPORTEUR ON FREEDOM OF RELIGION OR BELIEF, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief and gender equality (A/HRC/43/48)*, C. Initiatives to promote respect and protect the right to equality and non-discrimination while upholding freedom of religion or belief, 27 Febr. 2020, § 58, p. 13.

25. J. FERNAND-LAURENT, *Note by the Secretary-General transmitting the study on sexual minorities (E/CN.4/Sub.2/1988/31 14(a))*, 13 June 1988.

26. ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, Resolution 1983/30, para 8, 26 May 1983.

27. The expert still subscribed to a negative and stereotypical vision of homosexuality as a “deviance”; see J. FERNAND-LAURENT, *Note by the Secretary-General transmitting the study on sexual minorities, op. cit.*, § 21, p. 4.

with a partner of the same sex. It also includes transsexuals, who refuse the legal sex assigned to them. They will henceforth be included in the notion of sexual minorities".²⁸ As argued in the following paragraphs of the study, sexual minorities bridge a number of social actors (religious institutions²⁹ and the gay movement³⁰) and institutions (United Nations, Council of Europe³¹, national states³²). And this helps underline a controversial dynamic whereby the gay movement strives for liberation and challenges the heterosexual family model prevailing in human rights. Depending on the cases, religious institutions may defend the tradition of marriage or tolerate homosexuality, in which case some gay believers can reconcile with their faith. Some of the questions arising from this analysis were entrusted by the expert to the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.³³

Moving from the new notion of "sexual minorities" and shifting to the second point about non-discrimination, the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities began to deal with gay rights. Since 1994, in documents by the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, gays have been increasingly considered within the framework of human rights, a process backed by LGBT groups. In 1994, a representative of the International Lesbian and Gay Association denounced violations of gay rights regarding the right of residence and movement.³⁴ Where homosexuality was initially tackled as a stand-alone issue by minority rights experts, international institutions gradually came to consider it in relation to the principle of non-discrimination as well.

Before 2010³⁵ and then in 2013, UN institutions underlined a new narrative approach to minority rights. This agenda was devised to promote policies suited to detecting multiple discrimination based on the intersection between sexual orientation and a minority status. This new trend was emphasized by the Secretary General in 2013:

28. *Ibid.*, § 12, p. 3.

29. *Ibid.*, *Position of religious authorities*, p. 8.

30. *Ibid.*, C. *The "gay" movement*, p. 12.

31. *Ibid.*, D. *Homosexuality and regional organizations and the United Nations*, p. 15.

32. *Ibid.*, *Homosexuality and the Law*, p. 10.

33. *Ibid.*, § 99-103, p. 28-29.

34. SUB-COMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES, *Summary Record of the 15th meeting* (E/CN.4/Sub.2/1993/SR.15), 2 August 1994, p. 8 ff.

35. UN OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation*, *op. cit.*

“While this Guidance Note and the Declaration on Minority Rights focus on the rights of persons belonging to ‘national or ethnic, religious and linguistic’ minorities, there are persons belonging to other groups that are regularly in a non-dominant position and merit specific UN attention from the perspective of non-discrimination and other human rights standards, including, for example, stateless persons, migrants, victims of forced displacement, persons with disabilities, people living with HIV and lesbian, gay, bisexual, or transgender (LGBT) persons. Their concerns also frequently involve multiple discrimination, including where a person belonging to a national, ethnic, religious or linguistic minority is also discriminated against on other grounds such as disability or sexual orientation”.³⁶

Accordingly, in 2017, the Special Rapporteur on minority issues observed “that certain groups within minority such as [...] lesbian, gay, bisexual and transgender persons experience unique challenges and multiple and intersectional forms of discrimination emanating from their status as members of minorities and their specific condition or situation”.³⁷ In the specific context of religious minorities, the intersectional criterion, as an instrument to interpret the non-discrimination principle, is the key factor for shifting from the traditional definition of religious discrimination to the more up-to-date intersectional model, where discrimination finds its genesis in the overlap between religion and sexual orientation.³⁸ From the vantage point of this new legal reasoning, an intersectional approach allows religion and homosexuality to be read as two interrelated risk factors, hence filling the gaps of conventional anti-discrimination law. This approach is liable to bring new dynamics of oppression to the attention of legal scholars and professionals. That a woman could be discriminated against not just because she is either Muslim or lesbian, but both, is a useful case in point. In other words, and borrowing from Kimberlé Crenshaw,³⁹ this kind of discrimination can be encapsulated by the image a woman who stands in the middle of a road

36. UNITED NATIONS. SECRETARY GENERAL, *Guidance note of the Secretary General on racial discrimination and protection of minorities*, March 2013, § 9.

37. SPECIAL RAPPORTEUR ON MINORITY ISSUES, *Report of the Special Rapporteur on minority issues (A/HRC/34/53)*, 9 January 2017, p. 14.

38. On the notion of intersectional discrimination, see K. CRENSHAW, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine. Feminist Theory and Antiracist Politics», *The University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, no. 1, 1989, p. 139-167.

39. *Ibid.* and B.G. BELLO, *Diritto e genere visti dal margine: spunti per un dibattito sull'approccio intersezionale al diritto antidiscriminatorio in Italia*, in G. MANIACI, G. PINO e A. SCHIAVELLO (eds.), «Le discriminazioni di genere nel diritto italiano» [monografica], *Diritto e questioni pubbliche*, 15/2, 2015, p. 141-171.

intersection and gets hit from multiple directions simultaneously. It goes without saying that such a woman will incur more damage than one injured by the impact of a single discriminatory attack coming from only one direction. The EU Agency for Fundamental Rights has applied the intersectional criterion to a statistical study on the experience of discrimination by LGBTI people in Member States, North Macedonia and Serbia.⁴⁰ When asked “In the country where you live, do you consider yourself to be part of any of the following, other than being LGBTI?”, 5% of the LGBT survey respondents considered themselves affiliated to a religious minority.⁴¹ Moving on from this perspective, my hypothesis is that the right for LGBTI people not to suffer discrimination on the basis of their belonging to a religious minority may pose new challenges inside and/or outside the group.⁴²

Inside the group, the religious freedom of LGBTI people can be protected from discrimination by the bond that links them with religious minorities. In these terms, international institutions cannot, for example, deny individuals the guarantees provided by Article 27 of the International Covenant, because the minority does not recognize them as members on the basis of discrimination founded on sexual orientation. In the same perspective, rights claimed by members of religious minorities, which take the form of manifestations of homophobic theological positions, will not be guaranteed by international institutions.

Outside the group, the dialectic between religious majorities and religious minorities will be considered contrary to the rights of religious minorities, when discriminated treatment against minorities is based not only on professed doctrine, but also on sexual orientation.

3. HOLISTIC EXPERIMENTATION

As has emerged in the previous section, the inclusion of sexual diversity in the religious minority status has been motivated by an increase in the risk of discrimination for people who are both members of a religious minority and LGBTI. While under that legal approach, membership in a religious minority

40. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *A long way to go for LGBTI equality. Technical report*, 2020.

41. *Ibid.*, p. 50.

42. See my book on the definition of religious minority in international and European law: D. FERRARI, *Il concetto di minoranza religiosa dal diritto internazionale al diritto europeo*, *op. cit.*, p. 209.

is the criterion for having minority rights apply to protection of sexual diversity, the holistic approach goes beyond this by representing human rights as a system of communicating vessels.⁴³ As part of the emphasis of international institutions on the indivisibility, interdependence and inter-relatedness of human rights,⁴⁴ the relation between sexual diversity and religion is mobilized.

The most meaningful example of the “holistic convergence” of sexual diversity and religion was offered by the United Nations Conference on FoRB and sexuality of 2016.⁴⁵ During the meeting, the holistic approach was used as a methodology to harmonize FoRB and sexuality. In the following, the contents and outcomes of the conference are analyzed in terms, first, of language, and second, of the challenges that arose in the implementation of that approach to religious minority rights.

On the linguistic level, the transition from the inclusive model to the holistic model produces a discursive convergence between sexuality, religion and minorities into the phrase “religious diversity, sexual diversity and sexual minorities”. As highlighted in the conference summary, if “human rights and respect for diversity are inextricably linked [...], in some contexts, religious diversity and sexuality are not always perceived as harmonious”. This language of the conference summary illustrates a new meaning of sexuality, used in a broad sense, and associated with the new term of “religious diversity”.⁴⁶ In the definition of sexuality as a dynamic “experienced and expressed in thoughts, fantasies, desires, beliefs, attitudes, values, behaviours, practices, roles and relationships”,⁴⁷ the phrase “sexual and gender minorities” is used in connection to the terms and acronyms “queer, LGBT, LGBTI, LGBTQI,

43. In the holistic approach to human rights, all rights contribute to guaranteeing human dignity and social justice. See A. BELDEN FIELDS, « Human Rights as a Holistic Concept », *Human Rights Quarterly*, vol. 14, n. 1, 1992, p. 1-20; A. BELDEN FIELDS, *Rethinking Human Rights for the New Millennium*, New York, Palgrave Macmillan, 2003, p. 73 ff.; G. MACNAUGHTON, « Decent Work for All: A Holistic Human Rights Approach », *American University International Law Review*, vol. 26, no. 2, 2011, p. 441-483.

44. In fact, as the UN underlines: « All human rights are universal, indivisible and interrelated and interdependent »; see *Vienna Declaration and Programme of Action (A/CONF.157/24)*, Part I, chap. III, sect. I, § 5, 1993.

45. *Conference Summary: Freedom of religion and belief and Sexuality* : <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Religion/FORBAndSexuality.pdf> [accessed 23 February 2022].

46. On the last three quotes, *Ibid.*, p. 5 ff.

47. This is based on a working definition by the World Health Organization (WHO): WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Defining sexual health: report of a technical consultation on sexual health*, 28-31 January 2002, 2006: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf [accessed 23 February 2022].

SOGI, SOGIE, homosexuality, homosexual, and others”.⁴⁸ This shows an awareness of the complexity of sexuality, which is no longer limited to a specific kind of sexual orientation (heterosexuality) or relationship (marriage) in the human rights framework. This discussion resurfaces in parts of the where “sexual diversity” is analyzed in different religious traditions.⁴⁹ At the same time, the phrases “religious diversity” and “belief diversity” (which refer to different components of the UN’s agenda of protection and promotion of human rights)⁵⁰ are used as part of a “human rights approach to religion”.⁵¹ The main goal is “not promoting religions in themselves or religious values, but empowering human beings in that sphere – in that broad sphere of religious diversity, belief diversity, convictions, but also practices”.⁵² This enhances the inclusiveness of the guarantees linked to the FoRB, highlighting how, as in the definition of sexual diversity in human rights, these protections do not correspond to specific identities, but to a diversity of spiritual or philosophical choices.

As for the challenges underlined during the conference, in general terms, protecting sexual diversity in religion requires questioning sacred traditions, texts and religious leaders. The new “holistic agenda” aims at overcoming the traditional clash between religions and sexual minorities through practical solutions, involving religious actors in the process.

Under an approach aimed at promoting a new awareness on religion and sexual rights, “the idea of the Conference was to overcome the misperception of an abstract normative dichotomy and to identify possible synergies between commitments on behalf of freedom of religion or belief and rights for LGBTI persons by for instance encouraging innovative theological interpretations of religious sources and traditions”.⁵³ This new approach intersects with the legal status of religious minority according to two different trajectories: first, through the application of the holistic protection of religious diversity and sexual diversity to Muslim groups; second, because sexual minorities

48. *Conference Summary: Freedom of religion and belief and Sexuality*, *op. cit.*, p. 5.

49. *Ibid.*, see, for example, concerning sexual diversity within Buddhism, p. 8.

50. See, *inter alia*, HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, RACISM, RACIAL DISCRIMINATION, *Xenophobia and all forms of Discrimination, Combating defamation of religions as a means to promote human rights, social harmony and religious and cultural diversity* (E/CN.4/2003/17), 27 January 2003, § 4, p. 4; SPECIAL RAPPORTEUR ON FREEDOM OF RELIGION OR BELIEF, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Heiner Bielefeldt* (A/HRC/16/53), 15 Dec. 2010, § 39, p. 12.

51. *Conference Summary: Freedom of religion and belief and Sexuality*, *op. cit.*, p. 14.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*, p. 6.

and religious minorities can be vulnerable groups targeted by international protection.

First, the holistic protection of religious diversity and sexual diversity shows the connection between religious freedom and other human rights and can also serve to address the conflict between religious freedom and LGBT rights. This is an increasingly relevant challenge not just for Muslim communities, but also for the Catholic Church in the Western world⁵⁴.

To achieve the goal of involving Muslim groups into the debate on respecting sexual diversity, it is necessary to consider the impact of the different kinds of discrimination experienced by LGBT people (homophobia) and Muslim populations (islamophobia). Muslim groups are often negatively judged in Western states that use the respect of LGBT rights as an “integration test” for religious communities.⁵⁵ The act of enlisting Muslim groups in the debate about LGBT people should not be perceived as a form of Islamophobia, a means to judge Muslim traditions using Western values as a benchmark. Based on an awareness of different kinds of discrimination, the holistic dialogue between institutional actors and Muslim communities may pave the way for a new mutual understanding to “recogniz[e] Islamic traditions and contributions to gender and sexual diversity”.⁵⁶ This is also particularly crucial for the visibility of sexual minorities within Muslim communities. As illustrated during the conference, in fact, “it is also important to make visible the existence of various queer Muslims, and as a result, Muslims’ sexual diversity [...]”.⁵⁷ The sentence evidences an interesting overlap between queer people and religious minorities in society. In fact, a queer Muslim group can simultaneously be a religious minority and a sexual minority within (and outside) a religious community.

54. Regarding the Catholic Church, the magisterium of Pope Ratzinger saw the publication of theological texts against sexual diversity. This was a time when the Catholic Church arguably framed its rejection of sexual diversity as a manifestation of freedom of religion, thus pointing to the limitations of the holistic approach. The Church might have perceived involvement in an institutional dialogue to reconcile FoRB and LGBT rights as a strategy to impose sexual diversity and, consequently, as a kind of religious discrimination. On the perception of the obligation to respect LGBT rights as a form of religious discrimination, see A. DONALD and E. HOWARD, «The right to freedom of religion or belief and its intersection with other rights», January 2015: https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/the_right_to_freedom_of_religion_or_belief_and_its_intersection_with_other_rights__0.pdf [accessed 23 February, 2022].

55. *Ibid.*, p. 9.

56. *Ibid.*

57. *Ibid.*

Secondly, mapping the case law of the European supranational courts, the conference participants underlined that religious minorities and LGBT people share a risk of persecution and as such are target groups protected under asylum law.⁵⁸ According with this suggestion and acknowledging the different kinds of persecution singled out by the Court of Justice and the European Court of Human Rights, religious minority rights and “sexuality rights”,⁵⁹ on the one hand and freedom of religion, on the other, can be represented as conflicting rights. This clash poses a significant challenge for the holistic approach, as, for instance, religious legitimation of persecution in a given state could be considered as the implementation of the principle of freedom of religion of the dominant group above other human rights.

Regarding the conflict between freedom of religion and religious minority rights, for example, a case of religious persecution concerning the Muslim Ahmadiyya community in Pakistan,⁶⁰ where the Court of Justice clarified the notion of religious persecution in the light of the interpretation of Directive 2004/83/EC,⁶¹ evidences the existence of competitive understandings of freedom of religion between international and national courts. The violation of rights of this Muslim minority is the consequence of a legal system where the notion of freedom of religion, protected by Article 20 of the Constitution, is bound with the obligation to respect Islam, defined as the state religion by Article 2 of the Constitution.⁶² In this example, freedom of religion based on the majority faith works violates religious minority rights, which happens when, as in the case of the Ahmadiyya community, religious diversity is deemed incompatible with the tradition of the predominant religion.

In cases of persecution based on sexual orientation, violations of LGBT rights can be grounded in religion.⁶³ The context of international protection, beyond the arguments evoked in the document, evidences a strong opposition to the holistic approach to sexuality and religion, as sexual diversity is often rejected in the name of freedom of religion.

58. *Conference Summary: Freedom of religion and belief and Sexuality*, *op. cit.*, p. 7.

59. *Ibid.*

60. ECJ, 5 Sept. 2012, C-71/11 and C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland v Y. Z.*

61. Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted.

62. T. MAHMUD, « Freedom of Religion & Religious Minorities in Pakistan: A Study of Judicial Practice », *Fordham International Law Journal*, Vol. 19, 1995, p. 40-100; U.S. COMMISSION ON INTERNATIONAL RELIGIOUS FREEDOM, *The Right to Freedom of Religion & Belief: An Analysis of Muslim Countries*, New York, Library of Congress, 2005, p. 12 ff.

63. EUROPEAN ASYLUM SUPPORT OFFICE, *Researching the situation of lesbian, gay, and bisexual persons (LGB) in countries of origin*, 2015, p. 22.

In addition to cases of conflict between FoRB and religious minority rights and between FoRB and LGBT rights, even greater challenges to the holistic approach arise when attempts to enforce religious rules target groups who are deemed to clash with minority tradition because they are LGBT. In this case, persecution takes root at the intersection between sexual diversity and religion and is practiced by a religious minority against its members. As the Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity of the United Nations has observed, in general terms, “conversion therapies’ [...] to change an individual’s sexual orientation [...] are practiced not only by some health-care professionals but also by clergy members or spiritual advisers in the context of religious practice”.⁶⁴ Some Christian minorities, among many other examples, coerce LGBT people into changing their sexual orientation⁶⁵, arguing that this a condition to re-establish a new kinship with God and the religious community. In this case, the violation of LGBT rights may also involve severe violations of religious minority rights. In fact, as the UN High Commissioner for Refugees pointed out in 2012 “where an individual is viewed as not conforming to the teachings of a particular religion on account of his or her sexual orientation or gender identity and is subjected to serious harm or punishment as a consequence, he or she may have a well-founded fear of persecution for reasons of religion”.⁶⁶

CONCLUSION

In this article, I have proposed: a) a recapitulation of the legal language used to address religious minorities and sexual diversity from 1947 to the present day; b) an investigation into the gradual introduction of between LGBTQI rights and overlap with the protection of religious minorities from their initial exclusion to the holistic model; c) an attempt to reconstruct the innovative role played by religious actors within the holistic approach; d) a

64. *Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity* (A/HRC/38/43), 11 May 2018, § 47, p. 11.

65. T. ERZEN, *Straight to Jesus: Sexual and Christian Conversions in the Ex-Gay Movement*, Oakland, University of California Press, 2006.

66. UNHCR, *Guidelines on International Protection no. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (HCR/GIP/12/09), 23 Oct. 2012, § 42, p. 11.

summation of the challenges linked to the definition of religious minorities and FoRB with respect to the protection and promotion of LGBTQI rights. In the process, I have evidenced the complexity of the relation between sexual diversity and religious minorities in the human rights framework.

Based on this analysis, the main challenges to conventional legal minority rights protection devices seem to relate to three key aspects: first, the lack of binding legal sources on LGBTQI rights; second, the ambiguities in the legal definition of “minority”; and third, the fact that the different strategies of FoRB protection do not always cover religious claims by LGBTQ actors.

Firstly, while many documents endorse terms such as “LGBT, LGBTQ or LGBTQI rights”, in international and European law, even today, there are no specific binding sources of protection. Notwithstanding this, the European Union includes “sexual orientation” among the forbidden grounds of discrimination under Article 21 of the European Charter of Human Rights. Also, Article 10, l. d), of the Directive 2011/95/UE concerning the refugee status prohibits discrimination based on sex. The protection of LGBTQI rights is clearly the outcome of various institutional exegeses of other human rights, such as those of religious minorities. International and European institutions have moved beyond the longstanding exclusion of LGBTQI people from human rights by elaborating new legal categories in the areas of non-discrimination, international protection, religious minority rights or human rights in general.

In light of this, it would appear that the absence of specific legally binding sources on LGBT rights (as well as on the FoRB/sexuality intersection) is the reason why the protection of these rights still falls within the scope of the “religious minority” category.

Nevertheless, it is worth noting that the inclusion of LGBT rights in this *old* category might however pose *new* challenges both at the national and international level.

It can be said that there is a lack of consensus among states as how to develop international or European law specific standards on sexual rights. For instance, some Members states of the United Nations, such as Iran (or Hungary in the European Union) not only have criminalized homosexuality⁶⁷

67. In particular, in Iran, Islamic law considers same-sex relationships as a crime punishable by the death penalty; see M. YADEGARFARD, «How are Iranian Gay Men Coping with Systematic Suppression Under Islamic Law? A Qualitative Study», *Sexuality & Culture*, Vol. 23, 2019, p. 1250-1273.

but have also adopted discriminatory laws in the name of their religious traditions.⁶⁸

In cases such as these, religious minority rights are far from being a sufficient guarantee for LGBT individuals, to the extent that they do not comply with international standards.

Secondly, the United Nations uses the word “minority” to refer to LGBTQI people in several ways. The term originated from the expression “sexual minorities” in 1986 and later intersected with the notion of “religious minority”. When UN expert introduced the notion of sexual minority in 1986, at that time homosexuality was still perceived as a “deviance”. It was only more recently that the meaning of this term was changed to include and protect LGBTQI people from human rights discrimination. At the same time, LGBTQI people affiliated with religious minorities have to toe the line between risking discrimination on religious grounds and harassment due to their sexual orientation or gender identity.

In this latter case, the meaning of religious minority extends to cover LGBTQI people belonging to religious *communities*, thereby protecting them from the risk of multiple or intersectional discrimination. Moving from this premise, beyond the overlap with religious minorities, the question of the characterization of LGBTQI people as a new kind of minority⁶⁹ protected under international law remains open.

Thirdly, freedom of religion has been invoked by the United Nations developed not simply in the classical sense of protection, but also as a democratic process involving religious actors to promote reflections on sexuality. It thus represents a new laboratory to further explore the relation between human rights and diversity. Religious actors within their communities and in interreligious dialogue between faiths are also part of this effort. For example,

68. The Hungarian government has recently declared its intention to introduce a constitutional amendment to defend the so-called “Christian values”. The amendment states that “Hungary protects children’s right to identify as the sex they were born with, and ensures their upbringing based on our national self-identification and Christian culture”.

69. Marco Ventura has presented three cases of “new religious minorities” at the European Academy of Religion. See the (unpublished) paper on «New majorities and minorities The impact of/on religion or belief» presented in the panel on «Freedom to Believe or not to Believe. New Directions of Belief. The Religious Pluralism in Europe», Bologna, 21 June 2017. About the notion of “new minorities”, see also R. MEDDA WINDISCHER, C. BOULTER, T.H. MALLOY (eds), *Extending Protection to Migrant Populations in Europe. Old and New Minorities*, London, Routledge, 2020 and D. FERRARI, “New and old religious minorities in international law”, *Religion*, n° 12, 2021, p. 1-19.

recently, 370 religious leaders from 35 countries representing 10 religions have signed a declaration for the de-criminalization of LGBT+ people and the introduction of a global ban on conversion practices. Among the signatories of the declaration, there are many religious minority leaders and, in particular, more than 60 rabbis, and senior Muslims, Sikhs, Hindus and Buddhists.⁷⁰ At the same time, the idea that FoRB opens a possibility of negotiation with religious leaders to reconcile religious traditions with LGBTQI rights could become problematic. In fact, redefining sexuality and religion in relation to human rights' diversity regimes is unacceptable for those religious leaders that see their own traditions as absolutely non-negotiable truth or dogma. In this kind of situation, the holistic laboratory is doomed to failure: participation in the holistic agenda is democratic and free and international bodies cannot force religious actors to get involved.

Having explored these challenges, we can now conclude by considering some methodological approaches for sketching out new legal definitions of religious minority rights.

As such, it is submitted that a “holistic approach” to sexual diversity might substantially overcome the shortcomings of traditional strategies for the promotion and protection of religious minority rights. It is therefore worth careful consideration. Whereas the promotion and protection of religious minorities used to be mainly entrusted to international institutions, now, following a holistic approach, the inclusion of sexual diversity within the category “religious minority” should be the outcome of a democratic dialogue with religious minority actors.

Ultimately, the challenge of advancing LGBT rights within the religious minority category rests on the capacity of international institutions to persuade religious actors that the democratic construction of a new awareness about sexual diversity and FoRB is an opportunity, even as some religious figures want to use religious freedom to defend critical positions on homosexuality. Without critical positions, in fact, international institutions will not be able to overcome the limitations and ambiguities of the holistic approach; additionally, supporting comparison between different positions can represent the first step towards real change.

70. See H. SHERWOOD, « Senior faith leaders call for global decriminalisation of LGBT+ people », *The Guardian*, 16. Dec. 2020: <https://www.theguardian.com/world/2020/dec/16/senior-faith-leaders-call-for-global-decriminalisation-of-lgbt-people> [accessed 23 February 2022].

REVUE DU DROIT DES RELIGIONS

NUMÉROS PARUS

N° 12/2021 • Les animaux en religion

Gérard Gonzalez

N° 11/2021 • Statut de l'enseignement de la théologie en France

Francis Messner

N° 10/2020 • Heurts et malheurs de l'identité religieuse

Gérard Gonzalez

N° 9/2020 • L'ordre public et les religions : ordre ou désordre ?

Pierre-Henri Prélôt

N° 8/2019 • Quel statut pour les ministres du culte ?

Francis Messner

N° 7/2019 • Convictions religieuses et ajustements de la norme

Vincente Fortier, Jean-Marie Woehrling

N° 6/2018 • Les valeurs de la République et l'islam

Françoise Curtit, Francis Messner

N° 5/2018 • L'organisation religieuse, une entreprise comme une autre ?

Fleur Laronze

N° 4/2017 • Laïcité : la nouvelle frontière

Frédéric Dieu

N° 3/2017 • Les enjeux contemporains du patrimoine culturel religieux

Anne Fornerod

N° 2/2016 • La dissimulation du visage dans l'espace public

Pierre-Henri Prélôt

N° 1/2016 • Le financement public des cultes dans une société sécularisée

Francis Messner

Achévé d'imprimer en avril 2022
Imprimerie et reprographie
Direction des affaires logistiques intérieures
Université de Strasbourg

Dépôt légal : mai 2022