



LA TOLERANCE EN DROIT PUBLIC

Journée d'études des doctorants de
l'Institut Maurice Hauriou

Jeudi 29 mars 2012
Université Toulouse 1 - Capitole

PRESENTATION DU PROJET :

Que reste-t-il à dire sur la tolérance ? Panacée médiatique aux problèmes de société, elle n'a pas récemment fait l'objet d'une étude doctrinale d'ensemble. Cette journée d'études qui sera organisée le 29 mars 2012 se propose donc de saisir cet objet juridique.

La nécessité d'une définition se fait sentir avec acuité. Nous vous proposons donc ici un cadre général qui devra servir de base à l'ensemble des contributions qui pourront le décliner dans les différentes branches du droit public.

La tolérance est définie par le dictionnaire *Littré* comme une « *indulgence pour ce qu'on ne peut pas ou ne veut pas empêcher* ».

D'un premier point de vue, la tolérance correspond donc à une *volonté* de la puissance publique : « *tolérer c'est ne pas interdire ou ne pas exiger alors qu'on le pourrait* »¹. Elle implique donc l'existence d'un rapport inégalitaire, celui qui tolère ayant nécessairement les « *moyens d'interdire* »² ou de faire valoir un droit. Du point de vue de l'Etat, elle résulte d'un choix visant soit à atténuer l'effectivité de la norme (par le refus de procéder à une sanction de sa violation), soit à sa non édicition face à un fait social « *instable, possiblement fugitif* »³. Dans cette hypothèse, la tolérance s'apparente à une *abstention*.

Cette *autolimitation* de l'autorité peut alors porter sur une norme d'abord posée par elle, ou sur une norme posée de manière extérieure à elle (par exemple, un maire qui n'appliquerait pas les sanctions prévues par le CGCT). Dans ces cas, est-on toujours en présence d'une norme juridique, vu que le comportement en principe illégal n'a pas été sanctionné volontairement par la puissance publique ? Cette non application est-elle alors constitutive d'une coutume *contra legem* ? Ces interrogations soulignent à quel point l'objet d'étude dispose d'une dimension théorique prépondérante et permettent d'entrevoir la tolérance *comme un ensemble de pratiques atténuant l'effectivité de la norme juridique mais n'affectant pas ab initio sa juridicité*. En effet, le propre de la tolérance est, du point de vue du comportement toléré, de ne jamais créer un droit⁴ car « *la sanction peut resurgir à tout moment et sans limite si la puissance publique le*

¹ L. TALLINEAU, « Les tolérances administratives », *AJDA* 1978, p. 3.

² *Ibidem*.

³ « L'autorité normative hésite alors à l'enfermer dans la Règle pour en gonfler l'importance ou pour s'encombrer de prescriptions juridiques dépassées et désuètes dans un proche avenir », J. MOURGEON, « Tolérance et règle de droit », *Les cahiers de droit*, vol. 30, n° 4, décembre 1989, pp. 979-986.

⁴ Un « acte de tolérance » ne peut en ce sens fonder « *ni prescription ni possession* ». Voir l'article 2232 du Code civil.

souhaite »⁵. Cette observation semble toutefois limitée par la possibilité d'engager la responsabilité de la puissance publique qui mettrait fin à une tolérance⁶.

En poussant plus avant la réflexion, ce choix de la puissance publique peut-il nécessairement se comprendre comme libre et non imposé ? La deuxième hypothèse de tolérance voudrait en effet que l'on soit indulgent pour ce qu'on ne *peut* pas empêcher. Cette deuxième acception de la tolérance, entendue comme la « *vertu de tout être faible* »⁷, confine alors à une forme d'impuissance publique. Pour prendre un exemple récent, l'absence de réaction de l'autorité de police concernant les prières de rue est-elle réellement le fruit d'un choix volontaire ? Le fait de ne pas faire cesser cette occupation illicite du domaine public paraît en effet résulter d'une confrontation entre deux nécessités : celle de faire cesser les atteintes au domaine public d'un côté, celui de respecter la liberté religieuse de l'autre. Dit plus simplement, il nous semble que la tolérance résulte toujours peu ou prou d'une conciliation faite par la puissance publique entre des impératifs *a priori* contradictoires. La volonté de ne pas sanctionner tel ou tel comportement apparaît dès lors également comme une volonté sous-jacente de faire primer d'autres nécessités dans le cadre d'un choix pragmatique. Le droit pénal fournit à cet égard une illustration parfaite : la non application de certaines peines privatives de liberté n'est pas nécessairement le fruit d'une volonté, mais bien aussi d'une « contrainte externe imposée », purement factuelle : le manque de places de prison ou l'encombrement des tribunaux justifient *de facto* que la puissance publique tolère que certaines sanctions ne soient pas appliquées (d'ailleurs, on pourrait se demander quelle est la personne ou le comportement toléré : n'est-ce pas ici une forme de tolérance de la puissance publique vis-à-vis de l'attitude de l'autorité judiciaire ?).

Cette idée se confirme alors dans le fait que la tolérance s'apprécie bien souvent en terme de *seuil* : l'indulgence de la puissance publique se limite à des cas d'illégalités considérées par elle comme minimales. Dès lors, la tolérance témoigne de la *marge d'appréciation* propre à tout pouvoir discrétionnaire. Toutefois, il convient de préciser que tout pouvoir discrétionnaire n'est pas une tolérance : prévue par les textes, une telle compétence est instituée par le droit, et ne correspond donc pas à une *pratique* mais tout simplement à une *possibilité légale ou réglementaire* – et donc encadrée – d'agir dans tel ou tel sens. En revanche, le caractère « *manifeste* » d'une erreur d'appréciation de l'administration suppose que le juge est parfois à même de tolérer ses erreurs les plus bénignes. L'absence de formalisme du droit administratif n'est-il pas alors le fruit d'une succession de tolérances du juge ? La tolérance correspond ainsi parfois à l'octroi d'une *marge d'erreur* qui ne sera pas sanctionnée en dessous d'un seuil (le droit fiscal fournit ici nombre d'exemples, notamment concernant les « mesures gracieuses »⁸). Dans le même ordre d'idées, le fait que le juge considère que certaines illégalités ne sont pas constitutives d'une faute témoigne d'une forme de latitude vis-à-vis de certains faits générateurs de dommage.

⁵ D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1997, p. 83.

⁶ T. TROUILLY, « La responsabilité de l'administration qui met fin brutalement à une tolérance », *AJDA* 2006, pp. 40-42.

⁷ Voir : DIDEROT & D'ALEMBERT, « Tolérance », in *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, vol. 16, 1765.

⁸ P. GONOD, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RDP* 1993, p. 1351-1383 ; « Régime de la transaction en matière fiscale », *AJDA* 1995, p. 841.

Lorsqu'elle est envisagée comme objet du droit, la tolérance semble cependant perdre ses traits caractéristiques. Est-il en effet possible de dégager un régime juridique propre à des pratiques qui consistent précisément en un évitement de ce dernier ? On pourrait en effet se demander dans quelle mesure le droit peut être tolérant avec la tolérance. Ce paradoxe conduit à penser que l'identification par le juge d'une « pratique tolérante » de la puissance publique contribue de fait à la réintégrer dans le champ de la juridicité. En effet, une telle indulgence suppose *a priori* une appréciation du comportement illégal par l'autorité normative, mais aussi *a posteriori* une évaluation du juge de la légalité du comportement de la puissance publique. La pratique tolérante d'une autorité administrative n'est-elle pas alors, dans un domaine où sa compétence est liée, constitutive d'une *incompétence négative* ?

Enfin, et d'un point de vue radicalement différent, la tolérance est protégée en droit comme une valeur appartenant à la philosophie politique. Dans cette perspective, la tolérance connaît un renouveau conceptuel porté par la Cour européenne des droits de l'homme, qui considère que « *le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture* »⁹ sont les composantes d'une société démocratique. Cette variation de la tolérance se diffuse dans l'ensemble du droit de la CEDH, sur des sujets aussi divers que l'existence d'une marge nationale d'appréciation ou l'existence d'un consensus des Etats parties à la convention.

La tolérance comme valeur d'une société pluraliste se retrouve aussi au sommet de la hiérarchie des normes, qu'elle concerne le droit de la presse¹⁰ ou la reconnaissance des partis politiques¹¹. Cette approche substantielle d'une tolérance exogène à l'ordre juridique n'est pas pleinement autonome. Au contraire, ces approches se combinent pour former une approche protéiforme de la tolérance, à la fois valeur en soi et vertu pour le juriste.

L'ensemble de ces pistes de réflexion pourront bien entendu être précisées, voire contestées par les contributeurs. La journée d'étude se propose avant tout de décliner le concept en le confrontant à d'autres objets dans toutes les branches du droit public.

CALENDRIER et PROCEDURE :

Les projets de contribution devront être envoyés avant le **15 mars 2012** à l'adresse suivante : tolerance.imh@gmail.com. Ils devront comporter un **résumé d'une page maximum** composé d'une problématique détaillée et d'un corpus indiquant brièvement les grandes lignes des développements.

Le Comité scientifique établira une sélection à « l'aveugle ». Les contributions feront l'objet d'une publication dans le cadre d'un ouvrage diffusé par la LGDJ (Lextenso éditions).

⁹ CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*.

¹⁰ Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984 Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.

¹¹ Voir en ce sens l'article 4 al. 3 de la Constitution française de 1958.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE :

- DIDEROT ET D'ALEMBERT, « Tolérance », in *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, vol. 16, 1765
- M-A. DILHAC, « Deux concepts de tolérance dans le libéralisme politique », *Archives de philosophie du droit*, pp. 137-157.
- K. POPPER, *The Paradox of Tolerance*, Karl POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, Vol. I, Chapt. 7, n° 4, at 265.
- C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, Thèse dactyl., Limoges, 2006, spéc. p. 165s, 224s et 869.
- L. TALLINEAU, « Les tolérances administratives », *AJDA* 1978, pp. 3-38.
- J. MOURGEON, « Tolérance et règle de droit », *Les cahiers de droit*, vol. 30, n° 4, décembre 1989, pp. 979-986.
- J-M. ROY, « La tolérance », *Revue de la recherche juridique* 1995-2, pp. 497-510.
- T. TROUILLY, « La responsabilité de l'administration qui met fin brutalement à une tolérance », *AJDA* 2006, p. 40-42.
- Dossier spécial de l'*A.J.D.A.*, *L'impuissance publique*, 1999.
- P. GONOD, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RDP* 1993, p. 1351-1383 ; « Régime de la transaction en matière fiscale », *AJDA* 1995, p. 841.
- SILVA, « Réduction du champ de la "mesure purement gracieuse" », *AJDA* 2009, p. 2361-2365.

COMITE DE PILOTAGE :

B. LAVERGNE
M. SZTULMAN

COMITE SCIENTIFIQUE :

Pr. X. BIOY
Pr. I. POIROT-MAZERES
S. SAUNIER
S. MOUTON