

Droit des minorités comparé

Une innovation : la protection des « minorités » en France. Rappel général d'une problématique à circonscrire

Ivan Boev

Maître de conférences HRD à l'Université de Strasbourg

Il est d'usage de présenter la France comme l'archétype de l'État-nation. Pour définir ce dernier modèle, la doctrine renvoie généralement à la célèbre formule d'Adhémar Esmein de « l'État, personnification juridique de la nation »¹.

Historiquement d'abord, en France, l'État national remplace l'État dynastique, lequel se caractérisait par une souveraineté de nature patrimoniale, dont le prince était le titulaire héréditaire et exclusif : « Le principe de la souveraineté nationale s'attaque à l'origine [dynastique] du pouvoir dans l'État, non au pouvoir de l'État. Mais, si l'État ne disparaît pas, il cesse d'être la chose du prince pour s'identifier à la nation et fusionner avec elle [...],

devient l'État national et comme tel, il est au service de la nation, dont il doit réaliser les aspirations et les besoins. »² En tout premier lieu parmi ces aspirations et besoins se place la réalisation de l'unicité – que nous pouvons qualifier d'ethnoculturelle – et de l'exclusivité territoriale.

Conceptuellement ensuite, le modèle stato-national à la française comprend une nation élective ou de volonté. La conception subjective de la nation – posée en 1882 par Ernest Renan dans son célèbre discours à la nation – se transforme en passage obligé pour la doctrine : « La nation est une âme, un principe spirituel. [...] Avoir des gloires communes dans le passé, une volonté

¹ Adhémar ESMEIN, *Éléments du droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1927, p. 1 et 2.

² Alain PELLET et Patrick DAILLIER, *Le droit international public*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 2002, p. 61.

commune dans le présent ; avoir fait de grandes choses ensemble, vouloir en faire encore, voilà les conditions essentielles pour être un peuple [nation]»³. Ici, l'homme apparaît comme un être abstrait et rationnel, dépossédé de ses caractéristiques ethnoculturelles. Il reste seul face à l'État, auquel il est lié par un lien d'allégeance direct et exclusif de tout autre. Son expression par excellence constitue la citoyenneté républicaine, laquelle – à la fois dans la conception universaliste politique de l'abbé Sieyès et celle fondée sur le contrat social de Jean-Jacques Rousseau – ne saurait intégrer aucun élément ethnoculturel.

Pour construire cette nation électorale ou de volonté, la France opte pour l'État unitaire⁴. Forme privilégiée et principe d'action politique par excellence de l'État-nation, l'État unitaire devra atteindre les objectifs d'unicité et d'exclusivité dans les matières qui relèvent de l'identité nationale. Dans ce sens, la forme unitaire s'oppose à la forme fédérale, laquelle permet « de maintenir un minimum de cohésion et d'unité de l'ensemble [dans le respect] des particularismes locaux et la volonté d'autonomie »⁵. Surtout, l'État dans sa forme unitaire ne saurait admettre un quelconque ordre infra-étatique autonome, fondé le cas échéant sur une spécificité ethnoculturelle, cons-

titutive d'une communauté minoritaire.

Centralisateur et uniformisant, l'État-nation à la française exclut donc toute reconnaissance officielle et protection des minorités en tant que telles sur son territoire. Cette position apparemment intransigeante s'exprime le mieux au regard du droit international et européen, même si elle subit aujourd'hui une certaine érosion, résultant avant tout de la participation de la France à la construction européenne (I). Parallèlement, sur le plan interne, deux mouvements interdépendants permettent de nuancer la vision d'un État-nation intangible, le cas échéant dans sa forme unitaire rigide. Le premier relève de l'affirmation des droits de l'homme et libertés fondamentales. Il suppose surtout une attitude négative ou d'abstention face à une réalisation minimum du fait minoritaire, au sens d'un droit générique à la différence (II). Constitutive du second mouvement, la décentralisation tient pour sa part compte du fait minoritaire grâce à la politique d'aménagement du territoire, ouvrant la voie à la promotion des particularismes territoriaux (III).

Aborder la protection des minorités en France au travers le respect d'un droit générique à la différence et la promotion des particularismes

³ Citation d'après Ernest RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?*, Paris, réédition Presses Pocket, 1992, p. 54.

⁴ « La souveraineté est alors unique et se traduit par une seule idée du droit qui animera une puissance d'État unique et sera matérialisée par une organisation gouvernementale unique », Georges BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 13.

⁵ Marcel SIBERT, *Traité du droit international public*, Paris, Dalloz, 1951, p. 103.

territoriaux, reste toutefois un exercice difficile, en raison de la non-reconnaissance par la France du fait minoritaire sur son territoire. On est aussi tenté d'y inclure tout particularisme et toute différence de nature ethnoculturelle, voire simplement en rapport réel ou potentiel avec une spécificité de ce type. Désormais bien établis en droit international et européen, les critères de situation minoritaire permettent cependant de ne pas étendre ladite protection notamment aux communautés issues d'une migration récente ou aux étrangères, alors que ces dernières se distinguent toujours par leurs caractéristiques ethnoculturelles du reste de la population.

I. Le rejet du fait minoritaire au regard du droit international/européen en voie d'érosion

Dans les années 1990, un véritable droit européen des minorités se met en place⁶. Initialement créé pour répondre aux problèmes posés dans l'espace est-européen après la chute du mur de Berlin, il acquiert progressivement une portée véritablement paneuropéenne, en s'étendant à rebours également aux pays de l'Europe occidentale. La France se retrouve parmi les pays qui résistent à ce mouvement (A). Mais, ne pouvant rester complètement im-

perméable face à ce processus global et inclusif, elle finira par plus ou moins accepter l'affirmation, désormais certaine et positive, d'un principe de protection minoritaire en droit européen (B).

A. Les raisons d'une position apparemment intransigeante

Ce n'est qu'en 1974 que la France adhère à la *Convention européenne des droits de l'homme* du 4 mai 1950. Parmi les réserves et déclarations interprétatives qu'elle formule à cette occasion, aucune pourtant ne vise l'article 14, interdisant toute discrimination dans l'exercice des droits et libertés reconnus – parmi d'autres – en raison de l'origine ethnique ou l'appartenance à une minorité nationale. L'absence d'opposition s'explique par «la prégnance du principe de non-discrimination et les enjeux de la lutte contre le racisme»⁷.

La France émet en revanche une déclaration interprétative – requalifiée en réserve d'inapplication par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – au sujet de l'article 27 du *Pacte international des droits civils et politiques*⁸ (ci-après «PIDCP» ou «Pacte»), lors de son adhésion en 1980 à cet instrument universel de protection des droits de l'homme et libertés fondamentales. L'article engage les États dans lesquels il existe des minorités à ne pas les priver de l'exercice des droits

⁶ Voir notre ouvrage : Ivan BOEV, *Introduction au droit européen des minorités*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 413 et suiv.

⁷ Citation d'après Geneviève KOUBI, dans Alain FENET, Geneviève KOUBI et Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, *Droit des minorités, textes et analyses*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 352.

⁸ (1976) 999 R.T.N.U. 171.

en rapport avec leur identité. La réserve française, réitérée dans les mêmes termes à l'encontre de l'article 30 de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*⁹, énonce que « compte tenu de l'article 2 [ancien] de la Constitution de la République française, l'article 27 n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République ». La formule fait couler beaucoup d'encre¹⁰. Encore, mettant l'accent sur le fait que la Constitution française garantit déjà pleinement les droits individuels protégés par l'article 27 du Pacte, l'Allemagne minimise-t-elle en quelque sorte la portée de la réserve. Cette dernière oblige néanmoins le Comité des droits de l'homme de déclarer irrecevables les plaintes dirigées contre la France sous l'angle de l'article 27.

L'explication de la réserve renvoie donc à l'ancien article 2 de la Constitution. Celui-ci proclamait que la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale; qu'elle assure l'égalité de tous les citoyens devant la loi, sans distinction d'origine, de race ou de

religion; qu'elle respecte enfin toutes les croyances. Principes à valeur constitutionnelle, l'indivisibilité et l'unicité de la République d'une part et, d'autre part l'égalité et la non-discrimination – compris au sens de l'interdiction de toute distinction entre les citoyens, fondée sur l'origine, la race ou la religion – s'opposent à ce que la France reconnaisse l'existence de minorités sur son territoire: « au particularisme des droits des minorités nationales, la République une et indivisible préfère opposer l'universalisme des droits de l'homme »¹¹.

Opposés dans leur essence à la reconnaissance et la protection des minorités, les principes en question empêchent l'adhésion de la France à la Convention-cadre pour la protection des minorités. En résulte aussi la non-adhésion à la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*¹², même si à l'origine la question semblait se poser différemment.

En effet, malgré un premier avis négatif, rendu en 1996 par le Conseil d'État¹³ et à la suite de plusieurs

⁹ Rés. A.G. 44/25, Annexe.

¹⁰ Selon une opinion doctrinale, peut-être quelque peu précipitée, sa traduction en anglais (« In the light of article 2 of the Constitution of the French Republic [...] article 27 is not applicable so far as the Republic is concerned ») « enferme le gouvernement français dans ses réticences et lui complique toute tentative ou recherche de temporisation circonstancielle », voir G. KOUBI, préc., note 7, p. 353.

¹¹ Citation d'après Stéphane PIERRE-CAPS, dans Norbert ROULAND (dir.), Jacques POUMARÈDE et Stéphane PIERRE-CAPS, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, P.U.F., 1996, p. 308.

¹² Strasbourg, 5 novembre 1991, STE n° 148, disponible en ligne sur le site du Conseil de l'Europe: <<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/148.htm>>.

¹³ Dans son avis du 24 septembre 1996, la Haute juridiction administrative avait souligné que « l'adoption de la Charte se heurte au principe constitutionnel selon lequel le français est la langue de la République ».

rapports favorables sur la question¹⁴, la France signera le 7 mai 1999 cette dernière convention. Or, saisi peu après par le Président de la République, le Conseil constitutionnel s'opposera à la ratification¹⁵. Selon la Haute juridiction, la Charte confère « des droits spécifiques à des "groupes" de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de territoires », dans lesquels ces langues sont pratiquées. Ces groupes, définis « par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance » se voient reconnaître « des droits collectifs » et partant, attribuer l'exercice de la souveraineté nationale. Essentiels dans l'économie de la Charte, ces éléments portent « atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français ». En se basant sur la révision constitutionnelle, ayant inscrit en 1992 à l'article 2 de la Constitution que la langue de la République est le français, le Conseil constitutionnel s'opposera en outre à toute « utilisation dans la vie publique des langues autres que le français ».

Les incompatibilités ainsi relevées ne pouvaient être contournées par la déclaration interprétative adoptée par la France au moment de la signature de la Charte. Cette déclaration avait bien pressenti le danger, prenant soin de préciser que « l'emploi du terme de "groupe" de locuteurs ne confère pas de

droits collectifs pour les locuteurs des langues régionales ou minoritaires. Le gouvernement de la République interprète la Charte dans un sens compatible avec le préambule de la Constitution, qui assure l'égalité de tous les citoyens devant la loi et ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Cela, même si selon le juge constitutionnel les engagements concrets contenus dans la Charte en faveur de la promotion de l'emploi des langues régionales dans la vie publique « se bornent à reconnaître des pratiques déjà mises en œuvre ». Ce sont ces pratiques précisément que reprend la déclaration déposée par la France au moment de la signature de la Charte. Elle souscrit, conformément au mécanisme dit à la carte, aux 39 des 98 engagements contenus dans sa Troisième partie, relative à l'emploi des langues régionales ou minoritaires dans la vie publique. La liste des engagements français recherche le compromis entre l'impossible emploi des langues autres que la langue officielle en justice et devant l'administration et les opportunités mineures qu'elle admet en faveur des langues régionales, tenant notamment à leur étude, à l'extension des possibilités de traduction et autre respect de la toponymie locale et de la liberté de communication, certes restreinte, dans les langues régionales. D'ailleurs, la loi

¹⁴ Notamment Bernard POIGNANT, *Langues et cultures régionales, rapport au gouvernement*, 1^{er} juillet 1998 et Guy CARCASSONNE, *Étude sur la compatibilité entre la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires et la Constitution, rapport au gouvernement*, 1^{er} octobre 1998.

¹⁵ Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *JORF* du 18 juin 1999, p. 8964.

relative à l'emploi de la langue française du 4 août 1994, adoptée pour donner effet à la révision constitutionnelle de 1992, avait elle-même précisé auparavant que ses dispositions « s'appliquent sans préjudice de la législation et de la réglementation relatives aux langues régionales de France et ne s'opposent pas à leur usage ».

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 permet de reconnaître, aux termes d'un nouvel article 75-1, l'appartenance des langues régionales au patrimoine de la France¹⁶. Cette inscription, pourrait-elle changer la donne et reposer le cas échéant la question de l'adhésion à la Charte ? Mais même à l'heure actuelle, la position intransigeante de la France au regard du droit conventionnel reste sans préjudice de l'affirmation à son égard de la protection minoritaire en tant que nouveau principe coutumier du droit européen.

B. L'acceptation de la protection minoritaire en tant que principe coutumier

Exprimant l'obligation générale des États européens de protéger toute population minoritaire sur leur territoire, ce principe sera consacré par la voie traditionnelle de formation coutumière, même s'il connaît désormais aussi une expression conventionnelle. La protection minoritaire s'inscrit pleinement dans

la nouvelle légitimité européenne, même si elle ne correspond pas forcément à sa qualification – issue de la Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie – de norme maintenant impérative du droit européen¹⁷. En revanche, il paraît désormais établi que la protection minoritaire oblige même les États qui refusent d'adhérer aux conventions pertinentes, voire de reconnaître l'existence même des minorités nationales sur leur territoire, d'en assurer la protection dans les limites d'un *standard minimum*. L'affirmation du principe concerne en tout premier lieu l'Europe de l'Est, dont le comportement s'avère largement concluant au regard du sentiment de se conformer à ce que constitue une obligation juridique. Mais l'implication forte de la France dans le processus de construction européenne devait aussi conduire à terme vers une prise en compte implicite du fait minoritaire.

L'acceptation par la France du principe en question peut déjà se déduire de son commentaire de l'observation générale du 2 novembre 1994 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies au sujet de l'article 27 du PIDCP¹⁸. Selon la France en effet, l'article serait « déclaratoire par nature et reflète[rait] un minimum des droits reconnus en droit coutumier ». Mettant l'accent sur la différence entre le principe coutumier et sa consécration conventionnelle, elle estimera que

¹⁶ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 relative à la modernisation des institutions de la V^e République, JORF du 24 juillet 2008, voir plus particulièrement l'exposé des motifs.

¹⁷ Avis n° 2 de la Commission du 11 janvier 1992.

¹⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, UN doc. C/PR/C/2/Rev/1/add. 6, p. 930.

son refus d'adhérer au dispositif conventionnel en question ne l'empêche donc pas de se conformer à la même obligation consacrée par voie coutumière.

À l'échelle européenne, l'affirmation du principe de protection minoritaire résulte d'un mouvement d'ensemble, au cœur duquel se situe l'action des institutions européennes. C'est ce mouvement qui va consacrer la « conviction nouvelle qui a pris en quelques années valeur de principe coutumier, à savoir que les minorités devaient bénéficier d'une protection particulière, garantie en termes juridiques »¹⁹. Outre la Commission d'arbitrage, c'est aussi et surtout la Cour européenne des droits de l'homme qui va le révéler.

En effet, dans un *obiter dictum*, exprimé en marge de l'arrêt *Chapman c. Royaume-Uni*, rendu en 2001, à propos du droit d'un ressortissant britannique d'origine tzigane de vivre dans une caravane installée sur un terrain lui appartenant²⁰, la Cour constatera la formation progressive d'un consensus parmi « les États contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger

leur sécurité, leur identité et leur mode de vie »²¹. Elle le déduira de l'ensemble des conventions du Conseil de l'Europe, dont en premier lieu la Convention-cadre, mais aussi des textes juridiquement non contraignants, adoptés par ses différents organes. En l'espèce, l'obligation générale de protection des minorités implique le droit des requérants « de conserver [leur...] identité tzigane et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition ».

Enfin, l'adoption du traité établissant une Constitution pour l'Europe²² aurait pu marquer un changement explicite de la position française. L'article I-2 du traité constitutionnel introduit explicitement le respect des droits des personnes appartenant à des minorités – rattaché au respect des droits de l'homme – parmi les valeurs de l'Union. Cette introduction a lieu lors de la dernière phase de la CIG²³, sur proposition hongroise²⁴. Elle « cristallise » en fait la pratique coutumière constituée au cours de l'élargissement à l'Est et le Conseil constitutionnel ne trouvera rien à redire au sujet de l'insertion de la protection des minorités parmi les valeurs de l'Union²⁵. Il serait certes exagéré de rechercher dans cette

¹⁹ Alain FENET, « Le droit européen des minorités », dans A. FENET, G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF, préc., note 7, p. 115 et 116 et p. 287.

²⁰ Cour EDH, arrêt du 18 janvier 2001.

²¹ *Id.*, § 93 et suiv.

²² Signé à Rome le 29 octobre 2004, *Journal officiel de l'Union européenne*, C310, 16 décembre 2004, p. 1 et s.

²³ CIG : Conférence intergouvernementale qui arrêtera la version définitive du traité établissant une Constitution pour l'Europe.

²⁴ La Hongrie voulait la consécration comme valeur de l'Union de la protection des minorités en tant que telles. La formule retenue évacue la dimension collective et l'autonomie de la disposition.

²⁵ Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *JORF* du 21 novembre 2004, p. 19885.

omission un premier pas vers la reconnaissance et la protection internes des minorités en tant que telles.

À la suite de l'abandon définitif du traité constitutionnel, le traité de Lisbonne²⁶ reprend pourtant tel quel à l'article 2 du traité sur l'Union européenne le respect des droits des personnes appartenant à des minorités en tant que valeur fondamentale de l'organisation. Si le Conseil constitutionnel français ne trouve, cette fois encore, rien à redire au sujet de cette consécration²⁷, la question du caractère opératoire des valeurs fondamentales reste logiquement posée.

A priori sans lien apparent avec la position internationale/européenne de la France que nous venons d'évoquer, le fait minoritaire pénètre en droit interne, donc à travers la consécration d'un droit à la différence, au titre de la protection des droits de l'homme et libertés fondamentales. Cette consécration continue à témoigner d'une difficile conciliation avec les principes constitutionnels susvisés.

II. La protection des minorités par le droit à la différence

C'est le principe d'égalité et de non-discrimination qui fixe le cadre et

pose des limites à l'affirmation dudit droit à la différence, toujours incertain et dont la définition même reste ambiguë (A). Pour le reste, l'État se borne essentiellement à ne pas intervenir dans l'exercice des droits et libertés qui touchent à l'identité minoritaire, pour l'essentiel à un niveau infra-législatif. Mais il peut aussi aller jusqu'à consentir à titre exceptionnel un cadre législatif particulier garantissant *de facto* le droit à la différence (B).

A. Le principe d'égalité et de non-discrimination, cadre et limite à l'affirmation du droit à la différence

À portée générale, le principe d'égalité et de non-discrimination, fortement ancré dans la tradition juridique française²⁸, devient une condition préalable à l'application de toute mesure spéciale en faveur des personnes appartenant à des minorités. En même temps, une distinction est à établir entre les deux régimes de protection, celui assuré sur la base de l'égalité et de la non-discrimination et celui de la protection des minorités: «l'égalité et la non discrimination impliquent la garantie formelle de l'uniformité de traitement de tous les individus, auxquels il s'agit d'assurer la jouissance des mêmes droits et d'impo-

²⁶ *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, signé à Lisbonne le 17 décembre 2007, J.O. 2007/C 306/01.

²⁷ Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *JORF* du 29 décembre 2007, p. 21813.

²⁸ Réaffirmé encore dernièrement à travers la mise en conformité du droit français avec les 5 directives communautaires, adoptées entre 2000 et 2006, de lutte contre la discrimination d'une part en raison de l'origine ethnique et raciale des personnes et d'autre part entre hommes et femmes. À cet effet, le 27 mai 2008 une nouvelle loi 2008-496 (*JORF* du 29 mai 2008) porte diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

ser les mêmes devoirs, tandis que la notion de protection des minorités implique des mesures spéciales en faveur des membres d'un groupe minoritaire »²⁹.

En France, le principe d'égalité et de non-discrimination³⁰ s'oppose au départ à toute distinction – selon la formule consacrée – au regard de la loi (expression de la volonté générale), fondée sur l'origine, la race ou la religion. Il ne saurait ainsi garantir l'expression des particularismes de type ethnoculturel et inaugurerait à leur égard une démarche assimilationniste, dans le droit fil de la dominante intégrative du modèle stato-national.

Mais si, conformément au principe d'égalité et de non-discrimination, « l'État républicain s'interdit toute distinction entre les citoyens quant aux droits qui s'attachent à leur qualité de citoyen, il est aussi une manifestation ou une variante de l'État libéral »³¹. Dans son expression économique première (laisser aller, laisser faire), ce dernier suppose un État qui à la fois favorise le libre jeu de la concurrence et n'intervient pas dans ce dernier, si ce n'est en tant qu'acteur économique ordinaire. À ce titre, il devrait aussi

rester neutre face à l'exercice des libertés qui visent à l'épanouissement de l'individu et son émancipation face au pouvoir. Dans le modèle français, qui affirme la nation civique et non pas organique, ces libertés se situent en dehors de la sphère publique. Expression du principe d'égalité et de non-discrimination *stricto sensu*, ces dernières soutiennent l'unicité du peuple français.

La distinction sera donc faite théoriquement entre l'égalité du citoyen – homme abstrait – dans et devant l'État et la diversité de l'individu en dehors de l'État. Les matières dont ce dernier se désengagera pourront bien comprendre ce qui exprime l'essence même du droit à la différence, en rapport avec l'identité ethnoculturelle de l'individu situé. Il s'agirait bien du domaine privé de la personne et c'est au niveau justement des libertés qui s'y rapportent que s'exprimerait, selon certains auteurs, l'émergence d'un véritable statut privé, pouvant « éventuellement se faire écho de situations minoritaires »³².

Mais le droit à la différence pose d'une manière immanente la question d'une dimension collective, sous forme de droits de la collectivité. Le

²⁹ Dans Francesco CAPOTORTI, « Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques », *UN doc. E/CN.4/Sub.2/384/Add.1*, juin 1977, Rev. 1, n° de vente F 91/ XIV.

³⁰ Si la doctrine insiste en principe sur l'indissociabilité de ces deux volets, on peut aussi distinguer l'obligation négative (ou obligation d'interdire), issue de la non-discrimination, de l'obligation positive « d'assurer », qu'exprime l'égalité, par ex. B. JORION, « Egalité et non-discrimination en droit public français », dans Geneviève KOUBI et Gilles GUGLIELMI (dir.), *L'égalité des chances*, Paris, La Découverte, 2000, p. 141 et suiv.

³¹ Citation d'après Gérard MARCOU, « De l'expression des différences dans l'État républicain : l'exemple de la France métropolitaine », dans Paul de DECKKER et Jean-Yves FABERON (dir.), *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, colloque de Nouméa du 3 au 5 juillet 2002, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 98.

³² S. PIERRÉ-CAPS, préc., note 11, p. 328-339.

droit international/européen des minorités évacue cette dimension à travers la formule usitée de droits individuels, mais que les personnes appartenant à des minorités peuvent exercer seules ou bien en commun avec d'autres membres de leur groupe. Ne pouvant l'ignorer complètement, il va donc la reconnaître dans l'exercice des droits, mais ne s'engagera à en garantir la protection qu'à un niveau strictement individuel.

Le droit français suit implicitement la même approche. En témoigne la décision précitée du Conseil constitutionnel au sujet de la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*. Ainsi, les libertés, à travers lesquelles s'affirme le droit générique à la différence, restent-elles strictement individuelles, en termes de protection, même si leur exercice s'avère nécessairement collectif, qu'il s'agisse des droits linguistiques ou religieux. Cet exercice collectif sera par exemple reconnu de fait à travers le droit – collectif – de l'association, en tant que corollaire du droit individuel à l'association (liberté d'association *stricto sensu*).

Enfin, puisque le principe d'égalité et de non-discrimination ne saurait bien évidemment pas se désintéresser de la sphère privée de l'individu, il subira en l'espèce une certaine évolution. Celle-ci imposera la formule, que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des

situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un ou l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »³³. Ainsi, distinguera-t-on entre l'égalité devant la loi et l'égalité de traitement. Dans la sphère privée de l'individu, cette dernière permet l'exercice des libertés en rapport avec l'identité ethnoculturelle.

Mais, tout en fondant l'exercice des libertés publiques en rapport avec le droit à la différence, l'égalité de traitement et la non-discrimination restent inadaptées pour garantir la protection continue de ladite différence. Le traitement différent des situations différentes ne se justifiera ainsi que par l'existence de situations qualifiées de handicap, marginalisation, exclusion ou inégalité, inconciliables avec l'égalité et la non-discrimination. Il ne sera alors appliqué en l'espèce, que « dans le seul but de rétablir une égalité socialement rompue », s'épuisant donc une fois acquis le résultat souhaité³⁴. Elle n'aura qu'une valeur et une portée provisoires, même si la situation objective peut exiger, par exemple en cas de handicap permanent, une assistance constante.

C'est donc avec ces incertitudes et nuances que le droit à la différence trouve sa traduction sur le plan juridique, encadrée par le principe d'égalité et de non-discrimination. Du point de vue des principes constitutionnels, la situation ne devrait

³³ Décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998, *JORF* du 3 juillet, p. 10147.

³⁴ Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, sous la direction de Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 207.

pas changer, si l'on se réfère aux conclusions d'une part du rapport Wiewiorka, sur la diversité dans l'enseignement supérieur et le monde de la recherche, remis à la ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche le 15 octobre 2008³⁵ et le rapport Weil, remis au Président de la République en décembre 2008³⁶. Le premier analyse ainsi comme inutile, en particulier, l'introduction d'une disposition relative au respect de la diversité dans la Constitution. Appelé à réfléchir, d'une manière plus générale sur « la promotion de la diversité française, en tant que moyen de sceller un nouveau pacte républicain, plus apte à assurer l'intégration des Français de toutes origines », le second confirme la même vision. À cet égard, le rapport Weil rend un avis négatif sur toute révision du Préambule de la Constitution, estimant à la fois une telle révision inutile, voire potentiellement dangereuse³⁷ et le cadre constitutionnel actuel comme permettant pleinement d'engager une politique ambitieuse de lutte contre les inégalités.

Les conclusions du rapport Weil ramènent sans doute à l'avenir la promotion de la diversité, telle que voulue par l'actuel Président de la République, Nicolas Sarkozy, et évoquée dans son discours du 17 dé-

cembre 2008 à l'École polytechnique, à des politiques et mesures ponctuelles et concrètes dans l'administration, l'éducation et les médias, destinées exclusivement à réaffirmer le principe de l'égalité et à lutter contre les discriminations. À l'heure actuelle, c'est sous ce même angle que le droit à la différence se rapporte essentiellement à l'utilisation de la langue minoritaire, à l'expression et la manifestation des convictions minoritaires et à la pratique d'un mode de vie traditionnel.

B. L'exercice des droits et libertés fondamentales ayant trait à l'identité minoritaire

En ce qui concerne d'abord les droits linguistiques, de point de départ peut servir le constat précité du Conseil constitutionnel selon lequel la France assure déjà les droits garantis par la convention aux locuteurs des langues régionales. Ces dernières seront définies en tant que langues de culture de la République autres que le français. Le rapport Poignant³⁸ propose une liste des langues concernées, recensées selon leur rattachement à une aire géographique plus ou moins bien circonscrite. Mais il exclut les langues non territorialisées, parlées par les étrangers établis en

³⁵ Michel WIEWIORKA, *Rapport à la ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche sur La Diversité*, Paris, Robert Laffont, 2008.

³⁶ Patrick WEIL, *La République et sa diversité : immigration, intégration, discriminations*, Paris, Seuil / La République des idées, 2005. Disponible sur le site de la Présidence de la République, en ligne : <<http://www.elysee.fr/documents>>.

³⁷ Plus particulièrement, ce danger proviendrait de la consécration de la discrimination positive.

³⁸ Bernard POIGNANT, *Langues et cultures régionales : Rapport au Premier Ministre*, Collection des rapports officiels, Paris, La Documentation française, 1998.

France, ainsi que par les communautés d'origine étrangère, dont les membres possèdent la nationalité française depuis une ou deux générations³⁹. La révision constitutionnelle susvisée du 23 juillet 2008 réaffirme cette approche.

Mais c'était déjà la loi du 4 août 1994 précitée, relative à l'emploi de la langue française en tant que langue exclusive de l'administration et de la justice, ainsi que du service public en général, qui avait circonscrit l'utilisation des langues régionales. Elle rappelait néanmoins que cette utilisation se justifie par la liberté d'expression des individus, consacrée par l'article 11 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, énonçant « le droit de chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée ». Sans ingérence dans l'utilisation de la langue de son choix dans la vie privée, c'est donc dans la sphère publique que l'usage du français s'impose de manière exclusive. C'est ainsi que le juge administratif sanctionne systématiquement toute requête rédigée en langue autre que le français, par exemple en corse, breton ou catalan⁴⁰.

Cette approche a des répercussions au niveau de l'enseignement des langues autres que la langue officielle dans le cadre du système de l'enseignement national. Cet en-

seignement fut organisé par la loi Deixonne du 11 janvier 1951, relative à l'enseignement des langues et des dialectes locaux. La loi Bas-Lauriol du 31 décembre 1975, puis la loi Toubon du 4 août 1994, intégrée dans le Code de l'éducation, abrogent cette base législative spécifique, pour insérer l'enseignement des langues régionales dans le droit commun.

Partant, la réglementation encadre fortement la pratique dudit enseignement, conformément, les différents textes règlementaires qui complètent ce dispositif, établissent un certain nombre de limites, conformément aux exigences de l'égalité et la non-discrimination d'une part, et de l'unicité du peuple français d'autre part. Parmi ces limites figure le caractère facultatif de l'enseignement concerné, organisé sur la base du volontariat tant des élèves que des enseignants. En outre, globalement, il s'agit de l'enseignement *des* langues régionales et non pas *dans* les langues régionales. Par conséquent, la langue régionale ne saurait être non plus reconnue comme langue d'enseignement dans des établissements publics d'enseignement et les juridictions administratives suspendent systématiquement les tentatives d'introduction de la méthode d'enseignement dite « par immersion » dans les établissements « langues

³⁹ Le rapport Carcassonne estime en revanche que la Convention devrait s'appliquer aussi aux langues des immigrés de l'Afrique du Nord, établis en France. Guy CARCASSONNE, *Étude sur la compatibilité entre la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires et la Constitution*, La Documentation française, sept. 1998, disponible en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/984001697>>.

⁴⁰ CE, arrêt du 27 juin 1990, Association de défense et de promotion des langues de France, requête. 52379.

régionales », au motif que la langue d'enseignement exclusive reste le français⁴¹. Alors même que les lois d'orientation relatives à l'éducation citent les langues concernées comme élément substantiel à la fois de la diversité et de l'unité culturelles, en les insérant dans les programmes scolaires, ces langues n'ont donc pas d'existence autonome institutionnalisée dans la sphère publique. Les rares exceptions consenties le sont au bénéfice de certaines langues des collectivités périphériques, à l'instar du kanak en Nouvelle-Calédonie après les accords de Nouméa de 1999.

Néanmoins l'adoption de diverses mesures en faveur de l'enseignement des langues telles que le corse, le basque, le breton, l'alsacien et l'occitan et dans une moindre mesure le catalan, le savoyard ou le gallo (langue d'oïl en Bretagne orientale) en métropole, mais aussi des langues des collectivités périphériques dans l'ensemble reste possible. Dans ce même cadre, un intérêt particulier sera accordé aux langues transfrontalières, bénéficiant d'un statut officiel dans un État voisin, à l'instar du néerlandais. Ainsi, seront d'abord mis en place dans le cadre de l'horaire normal des écoles maternelles et primaires des régimes spéciaux d'enseignement. Ces derniers seront ensuite

complétés par des mesures de formation des enseignants, ainsi que, plus rarement, par l'organisation de l'enseignement de la pédagogie linguistique et culturelle spécifiques. La formation des enseignants débouchera pour sa part sur des concours de recrutement, sur la base des épreuves de CAPES admises dans plusieurs langues. Enfin, des épreuves obligatoires de baccalauréat de langue régionale seront parfois instituées, permettant en particulier à des élèves des sections bilingues (français – langue régionale), de passer aussi s'ils le souhaitent l'épreuve d'histoire-géographie du brevet des collèges en langue régionale, s'agissant non plus exclusivement de l'apprentissage de la langue régionale, mais aussi de l'apprentissage dans une langue régionale, y compris en métropole. L'État encadrera l'ensemble de ces actions à travers l'établissement par les académies des plans régionaux pluriannuels de promotion des langues et cultures régionales. Le Conseil constitutionnel approuvera globalement cette démarche en 1991, dans sa décision sur la *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*⁴² : « le fait pour le législateur d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à promouvoir l'enseignement de la langue et de la culture corse ne saurait être

⁴¹ Voir les ordonnances du Conseil d'État du 30 octobre 2001 et du 15 juillet 2002, portant suspension de l'intégration à l'enseignement public des écoles « Diwan » d'enseignement en breton par immersion.

⁴² *Loi n° 91-428 du 13 mai 1991 portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, JORF n° 111 du 14 mai 1991, version consolidée au 31 décembre 1998 disponible en ligne sur le site de Légifrance : <<http://legifrance.gouv.fr>>.

regardé comme portant atteinte à aucun principe de valeur constitutionnelle»⁴³.

Parallèlement, l'État reconnaîtra le droit à la création et gestion des établissements privés d'enseignement des cultures et langues régionales. Ces établissements – le même principe étant appliqué aussi aux établissements privés gérés par des associations religieuses – bénéficieront de financements étatiques, accordés sur la base de la contractualisation. Cette dernière impose le respect des principes d'égalité et de non-discrimination dans l'accueil des enfants, mais aussi l'application des programmes scolaires officiels. La création de tels établissements dépend de l'existence d'une demande suffisante de la part des familles, dûment constatée. Mais si les écoles concernées, telles que Diwan en Bretagne, Ikastola au Pays Basque, Scoletta en Corse, Bressola et Arrets au Roussillon, Calandreta en Occitanie, peuvent ainsi enseigner les langues régionales respectives, afin d'en promouvoir l'usage, cet enseignement ne saurait être imposé, y compris aux locuteurs de cette même langue.

Globalement, l'acceptation du droit à la différence au niveau de la politique linguistique de l'État ne porte – au moins sur le territoire métropolitain – que sur des mesures encore aujourd'hui considérées comme dérogatoires, malgré leur inscription dans la durée. À la suite de l'échec de l'adoption d'un amendement à la disposition constitutionnelle de 1992, indiquant que le

français est la langue de la République, mais dans le respect des langues régionales, et après l'adhésion échouée à la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, compte tenu de la révision constitutionnelle de 2008, la France est peut-être en train de passer de la reconnaissance seulement d'un espace de tolérance au profit des langues autres que la langue officielle, vers un statut spécifique et l'institutionnalisation de l'enseignement et l'utilisation des langues régionales dans la vie publique.

Le droit à la différence sera ensuite mis en œuvre à travers l'exercice de la liberté religieuse. Cet exercice se fera dans le respect du principe de laïcité. Dans ce sens, la loi de 1905 relative à la séparation de l'Église et de l'État à la fois garantira le libre exercice et refusera de reconnaître, salarier et subventionner les cultes. Cantonné ainsi à la vie privée de l'individu, «le fait religieux [...] cesse d'être un fait public». A contrario, il bénéficiera de la neutralité de l'autorité publique et sa non-ingérence dans l'autonomie des cultes, compatible toutefois avec le financement – progressivement renforcé – par l'État des établissements d'enseignement privé de premier et de second degré.

Or, globalement, la neutralité étatique sera atténuée par l'engagement de l'État de garantir le respect de toutes les croyances, l'égalité des cultes, ainsi que la non-discrimination en raison de l'appartenance religieuse de l'individu. En France, en tant qu'État laïque, la garantie ira

⁴³ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *JORF* n° 111 du 14 mai 1991, p. 6350.

également vers la liberté de ne pratiquer aucune religion. La lutte contre l'exploitation du fait religieux à des fins contraires à l'ordre public requiert aussi l'abandon de la neutralité.

La conciliation des principes susvisés ne sera cependant pas dénuée de toute ambiguïté et rencontrera d'importantes difficultés, comme en témoigne l'affaire du foulard. Ici plus qu'ailleurs, l'État restera partagé entre sa neutralité face aux croyances et la nécessité de lutter contre toute discrimination, en l'espèce dans l'accès à l'enseignement et plus globalement au service public. Encore, derrière transparaît la crainte que la religion sorte de la sphère privée et pénètre dans la sphère publique à travers ses manifestations sociales.

L'avis rendu par le Conseil d'État le 27 novembre 1989 fixe à l'époque la position de principe sur la question⁴⁴. Selon la Haute juridiction, le port par des élèves de signes religieux à l'école « n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses, à la condition, toutefois, de ne pas apparaître comme l'expression d'un acte de prosélytisme, heurtant le bon déroulement du service public de l'enseignement ». Le port de signes religieux ne saurait donc faire l'objet d'une interdiction générale et ce n'est qu'au terme d'un examen au cas par cas, qu'il appar-

tiendra à l'administration d'interdire le port du foulard, s'il y a atteinte aux principes fondamentaux de fonctionnement du service public.

À la suite de multiples tentatives de régler la question par voie réglementaire et face à la polémique, le législateur tranchera en 2004, en adoptant une loi encadrant le port de signes ou de tenues religieux à l'école publique. Son seul article de fond l'interdit, lorsque les élèves concernés manifestent ostensiblement de cette manière leur appartenance religieuse⁴⁵. La loi précise néanmoins que toute mesure disciplinaire sera précédée d'un dialogue avec l'élève concerné. Si l'adoption de ce texte fut en fin de compte bien acceptée, elle n'a pas évacué complètement la polémique et l'arbitraire possibles dans la détermination du caractère ostentatoire de tel ou autre signe ou tenue religieuse, laissée à l'appréciation des établissements directement concernés.

Concernant toujours le culte musulman, une autre question se pose au sujet de l'institutionnalisation des religions. Orientation politique récente, cette institutionnalisation exprime l'intention des pouvoirs publics de trouver un interlocuteur unique et valable parmi les associations religieuses. La religion musulmane, devenue la deuxième croyance sur le territoire national, sera surtout visée par l'objectif d'impliquer les différentes communautés religieuses, d'une part, concrètement dans la solution des problèmes

⁴⁴ Avis n° 346893, commenté notamment dans : *AJDA*, 1990, p. 39-45.

⁴⁵ *Loi n° 2004-228 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*, *JORF* du 17 mars 2004, p. 5190.

de société et le maintien de l'ordre républicain et, d'autre part, globalement dans la poursuite de la politique d'intégration. Le regroupement des communautés musulmanes tentera d'emprunter le modèle du consistoire israélite, institué encore en 1844. Créé au début des années 2000, à la suite de multiples tentatives échouées, le Haut Conseil du culte musulman sera ainsi amené à prendre position – sans pouvoir toujours raccorder les voix disparates de ses composantes – sur une large gamme de problèmes d'actualité, allant de la crise des banlieues à la profanation des cimetières juifs et de la libération des Français enlevés en Iraq au dispositif d'un article de la loi de fin 2005⁴⁶, prescrivant l'étude dans les cours d'histoire des effets positifs de la colonisation, abrogé depuis.

C'est enfin d'une manière concrète que l'administration tentera de régler les problèmes surgis au cas par cas au sujet des différentes expressions de la liberté religieuse, en luttant contre les discriminations de fait résultant de la position inégale des religions au regard du service public. Le pouvoir réglementaire incitera ainsi les autorités directement concernées à décider s'il y a lieu par exemple d'accorder des autorisations d'absence aux agents publics afin qu'ils puissent participer aux cérémonies célébrées à l'occasion des fêtes propres à leur confession; de permettre des absences scolaires (sur la base des

listes de célébrations publiées annuellement par le ministère de l'Éducation nationale et pouvant donner lieu à des autorisations d'absence); d'organiser des repas cascher ou hallal dans les cantines et restaurants administratifs des écoles et des casernes; de prévoir des règles relatives à l'abattage rituel dans les abattoirs; de permettre l'aménagement des espaces particuliers dans les cimetières pour les tenants des religions non chrétiennes.

Malgré cette souplesse, un sentiment de précarité persiste ici encore, dans la mesure où les différents aménagements destinés à garantir l'exercice de la liberté religieuse continuent à ne bénéficier que d'un régime dérogatoire au regard de la loi ou des principes bien ancrés en droit positif. Leur mise en place reste dépendante du bon vouloir de l'administration.

Ici encore, à l'avenir une nouvelle tendance pourrait-elle se développer à la suite de la consécration du concept de la laïcité positive. Ce dernier a été promu par le président de la République dans son discours du Latran du 20 décembre 2007 et rappelé lors de la visite du pape en France en septembre 2008. Définie cependant dans le discours susvisé par la recherche du dialogue avec les grandes religions de France et le principe de faciliter la vie des grands courants spirituels, la laïcité positive ne devrait cependant pas modifier les grands équilibres de la loi 1905. À ce titre, elle saurait au plus

⁴⁶ *Loi n° 2005-158 du 23 février 2005*, dont l'article 4 alinéa 2 fut fortement contesté car prescrivant l'étude dans les cours d'histoire des effets positifs de la colonisation, sera déclarée à caractère réglementaire par le Conseil constitutionnel le 31 janvier 2006, pour être ensuite abrogée par décret n° 2006-160 du 15 février 2006.

fonder une position politique plus active à l'égard des religions, mais en respectant toujours les bases constitutionnelles et législatives de la liberté religieuse et de la laïcité à la française.

Enfin, le droit français connaît un régime juridique exceptionnel destiné à garantir aux tsiganes l'accueil sur l'ensemble du territoire national⁴⁷. Dérégatoire du droit commun et pourtant complet et inscrit dans la durée, il aura pour but la préservation d'un mode de vie particulier lié au voyage et la solution des problèmes liés à la pratique de ce mode de vie. Mais aujourd'hui encore, cette consécration ne suppose pas la reconnaissance d'une quelconque spécificité ethnoculturelle. Elle va également de pair avec l'affirmation toujours prioritaire de la dominante intégrative du modèle stato-national. En résulte notamment que ce qu'on peut appeler à l'heure actuelle le droit des Tsiganes en France, ne concerne que la seule catégorie des Tsiganes non sédentaires, appréhendés en tant que gens du voyage. Et cela permet en principe d'étendre le bénéfice de ce régime également à ceux qui, sans en avoir les caractéristiques ethnoculturelles, en mènent néanmoins la vie.

Encore, la reconnaissance du mode de vie particulier des gens du voyage continue à se heurter à des difficultés, telle que leur discrimination au regard du logement. En effet, les résidences mobiles n'ont

toujours pas de statut équivalant à celui du logement principal fixe, ce qui les pénalise notamment au regard des différentes mesures fiscales et prestations familiales. En outre, parallèlement à l'accueil, organisé sur la base de la *Loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage*⁴⁸ et soumis à un calendrier contraignant, un volet répressif sera mis en place, permettant de lutter contre le stationnement irrégulier. Depuis, il fera l'objet d'une tendance de renforcement, dans laquelle s'inscrit aussi l'article 12 de l'actuel projet de loi de lutte contre la délinquance. De tels dispositifs posent le problème d'une répression autonome qui ne tient pas compte – contrairement à l'exigence posée par la loi elle-même – de la satisfaction préalable par les autorités locales concernées de leurs obligations en matière d'accueil. Cette satisfaction se heurte pour sa part aux réticences des collectivités territoriales concernées. Les délais à cet égard ont été en conséquence prolongés, sans que la contrainte prévue par la loi soit d'une manière générale mise en œuvre. De même, certaines catégories de collectivités ont été progressivement exonérées de ladite obligation. À l'heure actuelle, la réalisation effective des aires ne couvre qu'entre 15 et 25 % des besoins réels.

Malgré son efficacité certaine, la protection des minorités en France par le biais d'un droit générique à

⁴⁷ Voir plus en détail notre étude : Ivan BOËV, « Tsiganes », dans *Dictionnaire permanent « Droit des étrangers »*, vol. 1, Paris, Éditions législatives, 2007, p. 2329-2364-4.

⁴⁸ Version consolidée en ligne : <<http://legifrance.gouv.fr>>

la différence reste donc incomplète, souvent incertaine. Les problèmes posés par la protection des minorités à travers la promotion des particularismes locaux remontent à la même non-reconnaissance du fait minoritaire en tant que tel sur le territoire national.

III. La protection des minorités par la promotion des particularismes locaux

Si l'affirmation par la doctrine de la notion d'État pluriculturel, voire multinational dans le cas français, peut laisser sceptique, il est en revanche indéniable que la France permet désormais de tenir effectivement compte de ces particularismes, par le biais de sa politique d'aménagement du territoire. Cette prise en compte se fait cependant dans le respect *de jure* du principe d'unicité et d'indivisibilité de la République. Après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003⁴⁹, le principe est appelé à se concilier avec l'organisation décentralisée de la France, inscrite à l'article 1^{er} de la Constitution. Formellement, cette conciliation tient au fait que la décentralisation étant « de nature administrative et non pas politique, les collectivités territoriales ne possèdent pas des compétences normatives de nature législative »⁵⁰. Le respect des particularismes locaux concerne à l'heure actuelle toute la France, y compris la France métro-

politaine (A). Mais c'est surtout au niveau des collectivités périphériques qu'il bénéficie d'une véritable généralisation, puisque, notamment, la Constitution française distingue le peuple français des peuples d'outre-mer, dont elle reconnaît implicitement le droit de s'autodéterminer (B).

A. L'exception des particularismes territoriaux de la France métropolitaine

Plusieurs auteurs présentent leur affirmation sous l'angle du respect des libertés locales et du principe constitutionnel de la libre administration (articles 34, 72 à 74 de la Constitution). Ce lien sera particulièrement mis en avant par la loi du 25 février 1982, relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, inaugurant le mouvement de la décentralisation. Dans le cadre de ce mouvement, la région – désormais collectivité territoriale à statut constitutionnel – par la *Loi du 22 juillet 1983 portant transfert des compétences de l'État aux collectivités locales*, se verra attribuer la vocation à répondre précisément aux demandes de développement des particularismes locaux.

D'autres formules de coopération entre collectivités, progressivement mises en place, devaient permettre, dans l'esprit du législateur, de mieux tenir compte des solidarités existantes et dégager des synergies sur

⁴⁹ *Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République*, *JORF* n° 75 du 29 mars 2003, p. 5568, version consolidée en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

⁵⁰ Citation d'après Stéphane PIERRÉ-CAPS et Vlad CONSTANTINESCO, *Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 2005, p. 560 et 561.

la base des identités partagées. Au-delà des communautés communes ou urbaines, c'est la notion de pays qui présente un certain intérêt. Créé initialement par la *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995*⁵¹, le pays devait permettre la prise en compte de la diversité par-delà les trois principales collectivités territoriales existantes. En témoigne sa définition même en tant que territoire présentant « une cohésion géographique, culturelle, économique et sociale [...], reconvenue à l'initiative de communes ou de leurs groupements comme ayant vocation à former un pays ». Le pays aura pour but d'« exprimer la communauté d'intérêts économiques et sociaux ainsi que, le cas échéant, les solidarités réciproques entre la ville et l'espace rural », bref regrouper des collectivités pour défendre « un projet commun de développement ». Il peut bien poursuivre à ce titre la sauvegarde et la promotion d'une identité particulière sur la base d'une légitimité commune de nature ethnoculturelle, en incluant le cas échéant dans un tel projet le mouvement associatif qui en constitue l'expression par excellence.

Mais c'est surtout la compétence reconnue au législateur par l'article 72 de la Constitution, de créer des collectivités territoriales *sui generis*, qui devait s'avérer propice à la

promotion des particularismes locaux. Le Conseil constitutionnel déclarera cette forme compatible avec le principe d'indivisibilité de la République, consacrant au passage la distinction entre « unité territoriale et politique de la France et uniformité de ses structures administratives décentralisées ». Il admettra la diversité institutionnelle à ce titre, dont la création des collectivités territoriales ne comprenant qu'une seule unité⁵².

La deuxième *Loi n° 91-428 du 13 mai 1991 portant statut de la Corse*⁵³ dotera ainsi cette collectivité territoriale d'un statut particulier, dérogoire de celui de région de droit commun et bénéficiant d'une organisation spécifique à caractère administratif. En revanche, la Corse ne sera pas transformée en une collectivité périphérique et le Conseil constitutionnel rejettera dans sa décision de 1991 l'existence d'un peuple corse comme composante du peuple français. La dernière réforme en date du statut de l'île, opérée par la Loi du 22 janvier 2002⁵⁴, ne devait pas non plus sortir de ce cadre constitutionnel, tout en faisant davantage évoluer le régime juridique de la Corse. Celle-ci devait ainsi connaître « un agencement institutionnel et des mécanismes de collaboration entre les pouvoirs proches de ceux que l'on rencontre au niveau étatique, exécutif et législatif étant clairement désignés et

⁵¹ *JORF* n° 31 du 5 février 1995.

⁵² Décision n° 82-138 DC du 25 février 1982 sur la loi portant statut de la Corse, *JORF* du 27 février 1982, p. 697.

⁵³ *JORF* n° 111 du 14 mai 1991.

⁵⁴ *Loi n° 2002-92 du 22 janvier relative à la Corse*, *JORF* n° 19 du 23 janvier 2002, version consolidée en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

pourvus d'attributions considérables»⁵⁵. Mais, la nouvelle modification de l'organisation institutionnelle de la Corse envisagée par la loi du 10 juin 2003, sera rejetée par la population de l'île elle-même.

Enfin, la France acceptera de reconnaître le principe de spécialité législative, pour tenir compte du droit local et de l'évolution historique particulière de certaines collectivités. Ce droit local – à la fois témoignage et mode de préservation d'un patrimoine régional spécifique – sera agencé d'une manière originale avec le droit commun. Une telle adaptation normative du droit local à l'unicité juridique métropolitaine sera mise en place en Alsace-Moselle. Le droit applicable dans les trois départements concernés connaît ainsi toute une série de dispositifs particuliers en matière des cultes, du droit social et du travail et du droit fiscal, essentiellement héritée de la période 1871-1919, lorsque cette région faisait partie de l'Allemagne. La préservation du droit local au moment de sa réintégration dans la souveraineté française fut pourtant menée en contradiction avec le principe de l'application intégrale du droit français.

À l'origine, la législation spéciale ne devait être maintenue qu'à titre provisoire. Elle résultait d'un compromis utile, voire incontournable, acquis au moment de la réintégration entre les forces politiques en

présence. Elle reflétait à ce titre un phénomène politique, qualifié de véritable « convention constitutionnelle »⁵⁶. Sur la base de la « reconnaissance du caractère coutumier du droit local », la France mettra en place à l'égard de l'Alsace-Moselle, une sorte de « troisième législation ». Les anciennes dispositions du droit local d'une part, et les lois françaises d'autre part, serviront ainsi de base à l'adoption de dispositifs légaux et réglementaires spécifiques. Le droit spécifiquement applicable en Alsace-Moselle doit en outre garantir l'égalité et la non-discrimination. Comme le prouve la pratique, notamment judiciaire, cette garantie reste parfois difficile à assurer.

La réforme du Titre XII de la Constitution, relatif aux collectivités territoriales, inaugurée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 précitée ne modifie pas la législation spéciale applicable à l'Alsace-Moselle. En revanche, elle entend à la fois conforter et rationaliser les statuts des collectivités existantes, multipliés et diversifiés au fil des années, et approfondir davantage le mouvement de la décentralisation pour que la France puisse devenir un « État unitaire complexe »⁵⁷. Ce mouvement doit intéresser en tout premier lieu l'expression des particularismes locaux. Ses mécanismes et objectifs comprennent l'expérimentation, la subsidiarité, l'approfondissement de la démocratie locale et l'autonomie fiscale.

⁵⁵ Citation d'après S. PIERRÉ-CAPS, « La France et les minorités », dans N. ROULAND (dir.), J. POU-MARÈDE et S. PIERRÉ-CAPS, préc., note 11, p. 316.

⁵⁶ Ici et ci-après S. PIERRÉ-CAPS, préc., note 11, p. 158-159.

⁵⁷ Dans Marcel PRÉLOT et Jean BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1990, p. 253.

La loi constitutionnelle de 2003 intervient aussi au niveau de l'outre-mer français. Le statut de ce dernier s'avère en pratique, y compris pour les départements (désormais départements et régions), beaucoup plus souple et étendu en ce qui concerne la reconnaissance et l'expression des particularismes territoriaux.

B. La généralisation des particularismes locaux des collectivités de l'outre-mer

Qualifiées aussi de périphériques, ces collectivités constituent des « territoires appartenant à la nation, mais dont les caractéristiques historiques, géographiques, économiques et politiques justifient [...qu'elles soient dotées] d'une organisation institutionnelle particulière dérogatoire à l'organisation des collectivités locales » de droit commun⁵⁸. Dans ce cadre, en revenant à la notion des populations des collectivités d'outre-mer au sein du peuple français, la révision constitutionnelle de 2003⁵⁹ tente à la fois de préserver l'apparence d'une République indivisible et laisser une plus grande place à l'expression des particularismes locaux. La préservation tient notamment à l'affirmation du caractère toujours formellement dérogatoire du droit commun du statut des collectivités concernées.

Antérieurement à la loi du 28 mars 2003, la Constitution française établissait la distinction entre les DOM

(Département d'outre-mer) et les TOM (Territoire d'outre-mer), issue de la dissolution de l'éphémère Communauté française. Faisant partie des premiers avant la révision constitutionnelle de 2003, la Guadeloupe, la Guyane française, la Martinique et la Réunion bénéficiaient du statut d'assimilation aux départements de la métropole, même si chacune de ces collectivités connaissait des adaptations plus ou moins nombreuses. La Polynésie française et Wallis-et-Futuna étaient les seuls TOM reconnus en tant que tels. Considérés comme n'étant pas assimilables, ils bénéficiaient d'un droit à l'autodétermination. Ils étaient gouvernés par le principe de spécialité législative, signifiant que les lois nationales ne leur étaient applicables que sur disposition expresse, compte tenu de leurs spécificités propres et après consultation obligatoire de l'assemblée territoriale respective. Enfin, Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon et la Nouvelle-Calédonie s'étaient progressivement détachés de cette structuration. Reconnus en tant que collectivités territoriales (périphériques) *sui generis*, ils attestaient de différences sensibles.

Le statut particulier d'abord des TOM, auquel il appartient d'assimiler sur plusieurs plans celui des collectivités territoriales *sui generis*, s'explique logiquement par leurs spécificités historiques et culturelles propres. Il permet d'intégrer, parmi

⁵⁸ Citation d'après Jean-François AUBY, *Droit des collectivités périphériques françaises*, Paris, P.U.F., 1992, p. 10.

⁵⁹ Voir notamment Julien JORDA, « Les collectivités territoriales outre-mer et la révision de la Constitution », R.F.D.C. 2003.56.697.

d'autres, dans le système institutionnel de la collectivité respectivement concernée différentes formes d'organisation spécifiques, tels que des conseils consultatifs coutumiers, parallèlement à la reconnaissance générale du rôle de la coutume ; des clans reconnus en tant que personnes morales ; voire la monarchie, élue par un corps électoral censitaire. Mais aussi, les institutions de l'outre-mer peuvent également prendre des fonctions calquées sur le modèle de l'État français lui-même, exorbitantes par conséquent du droit applicable aux collectivités de droit commun. Ainsi est-il notamment de la consécration des techniques du parlementarisme rationalisé dans les relations entre l'Assemblée délibérante et l'exécutif de la Polynésie française, ce dernier constituant un véritable gouvernement local *sui generis* de la collectivité. Encore, les TOM ont-ils la possibilité d'arborer, à côté de ceux de la République française, des signes distinctifs propres, leur permettant de marquer leur personnalité. À noter aussi que les langues locales seront pour l'essentiel reconnues en tant que langues d'enseignement.

Globalement, la structure institutionnelle originale des TOM sous-entend servir l'affirmation des particularismes territoriaux. En témoigne, parmi d'autres, l'actuel statut de la Polynésie française, ayant sans doute la vocation de se rapprocher de celui de la Nouvelle-Calédonie. Issu de la *Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 por-*

tant statut d'autonomie de la Polynésie (complétée par la loi n° 2004-193 du même jour)⁶⁰, il approfondit donc – en application du principe de la libre administration – l'autonomie du territoire. Celle-ci, comprenant de nouveaux et importants transferts de compétences, sera organisée librement et démocratiquement par des représentants élus ; leurs compétences auront pour but le développement social et culturel de la collectivité et s'exerceront dans le respect des intérêts propres de la collectivité, de ses spécificités géographiques et de son identité. Dans sa décision 2004-90 du 12 février 2004⁶¹ sur la loi organique précitée, le Conseil constitutionnel réaffirme cependant le caractère dérogatoire du statut de cette collectivité par rapport aux collectivités de droit commun. Ces dérogations ne seraient mises en œuvre que « dans la mesure strictement nécessaire à l'application du statut d'autonomie ». Parallèlement, le juge constitutionnel refusera la compétence, reconnue par la loi à l'Assemblée de la Polynésie française, de voter des lois du pays sans agrément donné au cas par cas par le Parlement national.

Mais la notion stricte d'autonomie, ainsi dégagée, ne sera pas applicable à la Nouvelle-Calédonie, dont le statut sera déterminé dans la perspective de l'indépendance. Cette perspective sera affirmée dans le Titre XIII de la Constitution, adopté à la suite de l'accord de Nouméa signé le 5 mai 1998. Ce dispositif

⁶⁰ JORF n° 52 du 2 mars 2004, p. 4183.

⁶¹ Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, JORF n° 52 du 2 mars 2004, p. 4220.

constitutionnel aura un caractère provisoire et dans ce sens fera bénéficier l'île d'une sorte de « souveraineté partagée » avec la métropole⁶².

Expressément visé à l'article 76 de la Constitution, l'accord de Nouméa se verra pour sa part reconnaître le statut constitutionnel. Les nombreuses références du préambule au passé colonial seront surtout imprégnées par le souci de reconnaissance de l'identité locale commune. Celle-ci cependant ne sera pas seulement celle de la population autochtone (le peuple kanak), mais aussi de toutes les autres populations installées à la suite de la colonisation.

L'accord aura pour but principal d'empêcher la césure entre les différentes populations de l'île. Pour réaliser cette finalité, il posera la question de la recherche d'un compromis basé sur la reconnaissance de la pluralité sociale et culturelle de l'île dans son ensemble. Cette pluralité devait permettre de défendre l'identité et les intérêts qui la reflètent, ceux à la fois du peuple kanak (pourtant minoritaire sur l'île) et des populations issues des migrations, lesquelles par conséquent ne sauraient revendiquer – contrairement aux autochtones – ni un rapport privilégié à la terre, ni l'antériorité de l'occupation du territoire. Le compromis doit pénétrer,

selon l'accord de Nouméa, dans tous les domaines du droit positif et notamment au niveau de la citoyenneté, du régime électoral, de l'emploi et du statut civil et coutumier. Dans cette perspective, les lois organiques adoptées à la suite de l'accord de Nouméa, devaient mettre en place une organisation politique et administrative de l'île, destinée à gérer les différences et à préparer l'acheminement de la collectivité périphérique vers l'indépendance⁶³.

Contrairement aux TOM, les DOM, soumis au principe d'assimilation, ne connaissent pas les mêmes possibilités d'affirmation des particularismes territoriaux⁶⁴. Qualifiés de République intranationale, par opposition à la République extranationale que constituent les TOM, les premiers sont en principe soumis à l'application des lois et décrets de droit commun. La doctrine rapporte qu'à l'heure actuelle, les DOM souhaitent évoluer vers des statuts juridiques individualisés de collectivités territoriales *sui generis*, négociés avec la métropole. Cette évolution en particulier doit leur permettre d'obtenir une autonomie institutionnelle, dérogatoire du droit commun, dans des domaines qui reflètent leurs particularismes locaux et leur spécificité culturelle. L'autonomie devrait pourtant pouvoir cohabiter avec la préservation du principe d'identité législative, mais

⁶² Jean-Yves FABERON, « La Nouvelle-Calédonie, "pays à souveraineté partagée" », *R.D.P.* 1998, 645.

⁶³ La population doit se prononcer sur l'indépendance à la fin des années 2010. L'adoption le 19 mars 1999, de la *Loi organique 99-209* et de la *Loi ordinaire 99-210* concourt à cet objectif.

⁶⁴ Ici et ci-après, consulter T. MICHALON, « L'éclatement de la République intra-nationale », dans P. DE DECKKER et J.-Y. FABERON, préc., note 31, p. 186 et suiv.

uniquement dans des matières jugées essentielles, s'agissant des droits acquis, plus particulièrement de la conservation du bénéfice de la protection sociale à la française, ainsi que l'accès aux fonds structurels communautaires, auxquels ils restent prioritairement éligibles. Cette position justifie le fait qu'elles rejettent globalement le statut de TOM et restent rattachées à la préservation du statut des DOM⁶⁵. Elles revendiquent même parfois, par le biais de mouvements syndicaux et politiques, une mise en œuvre plus rapide à leur égard des différentes législations métropolitaines. Toutefois, la formule d'«intégration sans assimilation»⁶⁶, si elle s'avère tentante, reste difficile à réaliser, face à l'accumulation des ressentiments réciproques de la métropole et des DOM, sur le fond des approches politiques souvent sans vision globale, voire contradictoires.

Agencée, nous l'avons dit, autour du concept de la décentralisation, la révision constitutionnelle de 2003 se proposait d'apporter une réponse d'ensemble à ces problèmes. En ce qui concerne l'outre-mer, elle repose sur une nouvelle distinction entre, d'une part, les départements et les régions et, d'autre part, les autres collectivités d'outre-mer, la Nouvelle-Calédonie

engagée dans un mouvement d'auto-détermination restant à part. Mais la révision ne semble pas apporter des modifications radicales par rapport à la situation antérieure.

En ce qui concerne, d'abord, les départements et les régions d'outre-mer, elle reconnaît désormais leur possibilité de décider certaines adaptations statutaires. Ces adaptations, en rapport avec les caractéristiques et les contraintes de chacun des territoires concernés au cas par cas, sont à décider par les collectivités elles-mêmes, «dans les matières où s'exercent leurs compétences»⁶⁷, mais uniquement après habilitation législative ou réglementaire selon le cas. Plusieurs domaines, dont la liste peut être élargie, sont toutefois exclus de toute habilitation, de même que globalement l'île de la Réunion.

En ce qui concerne, ensuite, les collectivités d'outre-mer – définies toujours en tant que collectivités au sein de la République, mais disposant d'intérêts propres – la Constitution consacre pour la première fois leur statut en termes d'autonomie. Les différents éléments de cette autonomie peuvent varier d'une collectivité à l'autre. L'autonomie devrait plus particulièrement permettre, comme dans le cas de la Polynésie française, aux assemblées

⁶⁵ En décembre 2003, les électeurs de deux des DOM, la Guadeloupe et la Martinique, refusent l'assemblée unique et l'évolution institutionnelle qui leur étaient proposées (respectivement 72,98 % et 50,48 % de non). Seules les îles de Saint-Barthélemy et Saint-Martin, dépendant de la Guadeloupe acceptent le statut de collectivité territoriale d'outre-mer à une très forte majorité, données rapportées par S. PIERRÉ-CAPS, dans S. PIERRÉ-CAPS et V. CONSTANTINESCO, préc., note 50, p. 568.

⁶⁶ Voir Jacky DAHOMAY, «Antilles-Guyane : intégration sans assimilation», *Le Monde*, 11 novembre 1999.

⁶⁷ Constitution française, art. 73 al. 2.

délibérantes d'adopter des actes dans le domaine de la loi. Ces actes resteraient toutefois de nature administrative, soumis par conséquent au contrôle de légalité et non pas de constitutionnalité, comme dans le cas de la Nouvelle-Calédonie. Le juge constitutionnel pourrait en revanche délégaliser au profit de l'assemblée délibérante une loi postérieure à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité concernée, si cette loi intervenait dans un domaine de sa compétence. La Constitution introduit également une clause générale de préférence locale, permettant ainsi aux collectivités d'outre-mer d'adopter – selon le modèle actuel de la Nouvelle-Calédonie – des mesures justifiées par les nécessités locales en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement ou de protection du patrimoine foncier. La collectivité pourrait même participer à l'exercice des compétences réservées de l'État, « dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques »⁶⁸.

Parallèlement à la souplesse ainsi introduite dans leur statut – allant dans le sens d'une individualisation – la loi constitutionnelle prévoit la possibilité pour les différentes collectivités périphériques d'évoluer soit vers plus d'autonomie, soit vers l'assimilation aux collectivités de droit commun. Or, même en cas d'acquisition de l'indépendance, le processus serait encadré par la Constitution, au sens des différentes conditions posées par les principes démocratiques, telle que la

consultation préalable obligatoire des populations concernées. Il s'agit bien d'un référendum, même s'il n'en porte pas le nom, dont le résultat positif ouvrira la voie au changement statutaire, opéré par voie d'une loi organique. Comme le prouve la pratique, le juge constitutionnel se chargera alors d'encadrer strictement le passage d'un département ou d'une région vers le statut d'une collectivité d'outre-mer. Il semble déjà prêt à freiner le mouvement vers plus d'autonomie en cas d'adaptations décidées par chacune des collectivités périphériques, guidé toujours par le souci de garantir le respect des principes constitutionnels fondateurs de l'unicité du peuple français et de l'indivisibilité de la République.

*

* *

On aurait pu conclure notre présentation sommaire par le constat que la France semble s'éloigner de plus en plus à l'heure actuelle du modèle classique de l'État-nation, tel qu'il fut au XIX^e siècle à l'origine de l'apparition de la problématique minoritaire au sens actuel du terme.

Une nouvelle problématique minoritaire apparaît cependant, celle des minorités dites nouvelles, dont la récente crise des banlieues de décembre 2005 constituait probablement la manifestation la plus extrême et alarmante. Or, s'agit-il d'une problématique vraiment minoritaire, dont le traitement pourrait se faire par le biais de la mise en œuvre d'un droit à la différence ? Le discours officiel refuse une telle

⁶⁸ *Id.*, art. 74.

assimilation. Les revendications elles-mêmes des contestataires – en admettant que des revendications cohérentes aient pu quand même être dégagées du mouvement, marqué surtout par des violences gratuites – se plaçaient plus sur un terrain socioéconomique. Mais le volet ethnoculturel ne devrait sans doute pas non plus être sous-estimé. C'est aussi sur ce plan que peuvent en effet être interprétées les discriminations – à l'origine de la crise – dans le travail, la vie sociale, l'accès au logement et aux soins de ces catégories de populations, faisant l'objet d'une forte marginalisation, voire ghettoïsation. À terme, ne risquent-elles pas de mettre en question l'intégration à la française, dite de « creuset de cultures » et, partant, l'adaptabilité même du modèle français à gérer les différences ? La question pourrait se reposer dans le contexte de la crise financière et économique actuelle, celle-ci étant en train de se transformer à l'heure actuelle en crise sociale, tout particulièrement dans l'outre-mer français et pouvant dégénérer, à son tour, en crise politique.

Le problème des nouvelles minorités posé en France, mais aussi dans d'autres pays de la désormais ancienne Europe occidentale, peut aussi s'étendre à l'Europe orientale, de plus en plus concernée, elle aussi, par les phénomènes d'immigration, résultant de l'accueil sur son territoire en résidence permanente de populations étrangères⁶⁹.

Beau sujet d'analyse paneuropéenne et transversale. Bien évidemment, toute protection des minorités est appelée d'abord à régler des problèmes posés ici et maintenant. Mais elle doit ensuite gérer la reproduction constante dans l'espace et le temps – sous l'influence de facteurs sans cesse renouvelés – des situations minoritaires, en tant que phénomène propre à toute société humaine. Par conséquent, la prise en compte de la diversité par le droit ne pourra jamais se faire dans le cadre d'un système figé, mais doit subir un effort d'adaptation tout aussi continu.

⁶⁹ La question a été notamment posée lors du colloque international « Minorités traditionnelles – minorités nouvelles », que nous avons organisé à l'Université de Strasbourg les 30 et 31 janvier 2009. La publication des actes du colloque devrait intervenir avant fin 2009.