HAL
open science

Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences

Danièle Lochak

To cite this version:

Danièle Lochak. Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences. Alain Fenet; Gérard Soulier. Les minorités et leurs droits depuis 1789, L'Harmattan, pp.111-189, 1989. hal-01659340

HAL Id: hal-01659340

https://hal.parisnanterre.fr/hal-01659340v1

Submitted on 8 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les minorités et le droit public français.
Du refus des différences à la gestion des différences

par Danièle Lochak

in *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, études réunies par Alain Fenet et Gérard Soulier, L'Harmattan, 1989, pp. 111-185.
http://www.editions-harmattan.fr/index.asp?navig=catalogue&obj=livre&no=6010

Périlleux exercice que de traiter d'un sujet qui n'existe pas ! Par quel biais aborder ce qui est insaisissable ? Car on chercherait en vain dans les textes la trace des minorités : le droit positif français ne connaît que *la* minorité, comme concept arithmétique, opposé à majorité, dans un contexte électoral, ou appliqué aux "mineurs", à ceux qui n'ont pas encore atteint l'âge de la majorité. Mais **la notion de minorité comme groupe est ignorée du droit français.**

Les raisons de cette ignorance sont bien connues : elles sont, d'abord et avant tout, d'ordre politique et idéologique. L'attitude des révolutionnaires à l'égard des minorités est toute entière contenue et résumée dans la phrase célèbre du comte de Clermont-Tonnerre à propos des Juifs : " Il faut tout refuser aux juifs comme nation et tout accorder aux juifs comme individus ; (...) il faut refuser la protection légale au maintien des prétendues lois de leur corporation judaïque ; il faut qu'ils ne fassent plus dans l'Etat ni corps politique, ni ordre ; il faut qu'ils soient individuellement citoyens"[1]. Mais l'ignorance des minorités apparaît aussi comme **une séquelle de la conception individualiste du droit et des droits de l'homme**, dominante à l'époque de la Révolution, et qui a durablement imprimé sa marque au droit français. L'absence totale du concept dans les textes traduit l'impossibilité - intellectuelle - de *penser* juridiquement la notion de minorité , et pas seulement le refus - politique - de reconnaître les minorités.

Pourtant, nous ne vivons plus entièrement sur cette conception individualiste du droit, dont la structure actuelle reflète les transformations politiques, économiques et sociales qui ont affecté la société française : à côté des droits individuels, des droits collectifs ont été reconnus aux groupes, et l'"homme situé" a succédé à l'homme abstrait des révolutionnaires. Là où **le droit** ne connaissait que des individus semblables qu'il soumettait à des règles identiques, il **n'en finit plus, aujourd'hui, de découper le corps social en catégories qu'il soumet à autant de régimes distincts.**

Il y a donc bien une prise en compte des différences par le droit. Et à défaut de pouvoir disserter sur la façon dont le droit public français traite la question des minorités, puisqu'il la traite en l'occultant, on peut essayer de montrer **comment les autorités normatives - le législateur, mais aussi le juge - traitent les problèmes posés par la différence.** Et c'est par ce biais que l'on retrouvera, indirectement, le phénomène minoritaire : la différence en question peut en effet être la différence *subie* par des individus en raison de leur appartenance à un groupe défini (par exemple) par la race, la religion, ou le sexe, et qui se trouvent ainsi, en fait ou en droit, "minorisés", revendiquant moins, dès lors, le droit à la différence que l'égalité des droits ; mais aussi la différence *affirmée et revendiquée* collectivement par des groupes - groupes confessionnels minoritaires (juifs, musulmans), voire majoritaires (catholiques), mouvements autonomistes, etc.

Ce qui frappe, à cet égard, c'est que **le refus de principe de la différence, jamais démenti, coexiste de plus en plus nettement avec une gestion pragmatique des différences**, qui sont désormais non plus seulement tolérées mais reconnues, voire institutionnalisées. Si la revendication d'un droit à la différence se heurte encore à une conception de l'égalité assimilée à l'uniformité, on

---

[1] Cité dans Béatrice Philippe, *Etre juif dans la société française*, rééd. Coll. Pluriel,1981, p.143.

n'en voit pas moins apparaître un véritable **droit** *de* **la différence**. Il en résulte une situation d'équilibre instable, caractéristique d'une période de transition, où les anciens principes sont battus en brèche par une évolution sans doute inéluctable, mais qui ne saurait pour autant aboutir à une renonciation pure et simple à ces principes. L'absence d'une position idéologique et politique cohérente face au phénomène minoritaire, qui ressurgit inévitablement sous une forme ou sous une autre dans le champ social, explique les **contradictions ou ambiguïtés** que l'on relève au plan du droit applicable.

I. LE REFUS DE PRINCIPE DE LA DIFFERENCE et l'occultation du phénomène minoritaire

La conception de l'égalité qui prévaut à la Révolution est indissolublement liée à l'image d'un corps social unitaire, uniforme et homogène. La différence est *proscrite*, voire *niée*, parce qu'elle contredit les fondements de la nouvelle société, dans laquelle des individus égaux par essence doivent être traités de façon identique. Mais la différence est également *réprimée*, dès l'instant où elle menace l'unité de la nation.

A. La différence proscrite au nom de l'égalité

"Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit". "La loi (...) doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité ; et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents". Par cette proclamation solennelle, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pose les prémisses de la société individualiste et égalitaire issue de la Révolution française.

Deux siècles plus tard, si l'égalité reste un principe incontesté, la conception que l'on s'en fait n'est plus exactement la même ; et l'affirmation selon laquelle la loi est la même pour tous se vérifie de moins en moins. Dès lors, en effet, qu'on ne se satisfait plus de l'égalité juridique, de l'égalité devant la loi, le respect du principe d'égalité n'implique plus nécessairement l'uniformité de la législation, et peut passer au contraire par la différenciation des règles applicables à des catégories d'individus eux-mêmes différents les uns des autres. Pourtant, si le droit ne reflète plus dans leur pureté originelle les principes posés par la Déclaration de 1789, il les perpétue et les prolonge : le principe d'égalité, qu'il convient d'interpréter plutôt, désormais, comme un principe de non discrimination, n'impose plus de traiter tous les membres de la société de façon identique, mais il proscrit les différences de traitement illégitimes, c'est à dire non justifiées par des différences de situation.

Du principe d'égalité...

Si tous les individus sont égaux en droit, on ne saurait tenir compte, dans l'application de la loi, des différences qui peuvent exister entre eux, que ces différences résultent d'une situation de fait (race, origine, sexe) ou d'un choix volontaire (opinions politiques, religion). L'égalité ainsi conçue a représenté pendant longtemps et représente encore un obstacle important à la reconnaissance des revendications spécifiques des groupes minoritaires ; elle n'en constitue pas moins **un principe fondamentalement protecteur contre les discriminations.**

Au départ simple principe de philosophie politique, le principe d'égalité a été_converti en règle de droit positif sous l'effet de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Le juge administratif, en effet, a très tôt considéré le principe d'égalité comme un **principe général du droit** applicable même

sans texte, dont le respect s'impose à l'administration tant dans l'exercice de son pouvoir normatif que dans les décisions individuelles qu'elle prend. L'égalité devant la loi et les réglements, l'égalité devant l'impôt, l'égalité d'accès aux emplois publics, l'égalité devant les services publics : autant d'aspects du principe d'égalité sur le fondement desquels le juge censure les actes de l'administration générateurs d'inégalités de traitement entre les administrés ou entre les fonctionnaires. Il existe en particulier une jurisprudence fournie sur les discriminations entre les candidats à la fonction publique ou entre les fonctionnaires en cours de carrière : est ainsi proscrite toute mesure d'exclusion fondée sur les opinions politiques ou les convictions religieuses des personnes, ou encore, depuis une époque plus récente, sur le sexe.

Le principe d'égalité, qui jouait au départ essentiellement, voire exclusivement dans les relations de l'administration avec les administrés ou avec ses agents, a vu sa portée accrue dans les années récentes sous l'effet d'une double évolution : d'une part le Conseil constitutionnel en a imposé le respect au législateur lui-même ; d'autre part des lois ont été votées qui répriment désormais également les comportements discriminatoires dans les rapports entre personnes privées.

Le principe d'égalité occupe depuis 1973, date à laquelle il a été invoqué pour la première fois, une place centrale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui l'a érigé en **principe à valeur constitutionnelle opposable au législateur**. Ce principe se trouve en effet énoncé dans plusieurs textes auxquels le Conseil reconnaît valeur de droit positif : non seulement dans la Déclaration de 1789, mais également dans le préambule de la Constitution de 1946, qui dispose notamment que "tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés", et que "la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme"[2], et dans l'article 2 de la Constitution de 1958 aux termes duquel la France "assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion". La violation du principe d'égalité a ainsi été au cours des quinze dernières années à l'origine de l'invalidation d'un nombre relativement important de dispositions votées par le Parlement.

Parallèlement, la loi est intervenue pour interdire et réprimer les discriminations résultant du comportement des personnes privées. Cette intervention était nécessaire, dans la mesure où le principe d'égalité n'est directement opposable qu'aux autorités publiques et où la faculté qu'ont les particuliers de traiter différemment, en vertu de critères qu'ils déterminent librement, les individus avec lesquels ils s'engagent sur la base d'un contrat ne peut céder que devant une disposition législative expresse : seul le législateur est compétent, en effet, pour poser des limites à la liberté contractuelle.

Le premier texte intervenu en la matière est la loi du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, qui a introduit dans le droit français des dispositions prohibant et réprimant pénalement la discrimination raciale, entendue comme celle qui vise 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". Elle a été complétée et modifiée à plusieurs reprises, de sorte que **tombe aujourd'hui sous le coup de la loi pénale non seulement la discrimination raciale, mais aussi la discrimination fondée sur le sexe ou la situation de famille**[3]**, ou sur les moeurs**[4]. Est réprimée aussi bien la discrimination dans la fourniture de biens ou de services que la discri-

---

[2] Le préambule prévoit également que "nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances", et que la nation "garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture".

[3] Loi du 11 juillet 1975

[4] Loi du 25 juillet 1985

mination dans l'emploi ou dans l'exercice d'une activité économique, que l'auteur de cette discrimination soit un "dépositaire de l'autorité publique" ou un simple particulier[5].

Le Code du travail, de son côté, interdit et parfois réprime pénalement des formes de discrimination très variées : les discriminations fondées sur le sexe, mais aussi sur la situation de famille ou les moeurs, sur l'origine ou l'appartenance à une ethnie, nation ou race, ou encore sur les convictions religieuses, les activités syndicales ou l'exercice du droit de grève, voire le handicap[6].

Même si les difficultés d'application de ces textes ne manquent pas, on ne saurait sous-estimer leur portée, dans la mesure où ils visent à mettre hors-la-loi et à bannir des pratiques sociales les comportements discriminatoires contraires aux préalables éthiques d'une société démocratique.

... au principe de non discrimination

Mais en même temps que le principe d'égalité gagne en extension, sa portée devient plus floue. Car le législateur, dans tous les pays développés, a tendance, pour mieux épouser le réel et tenir compte de sa diversité, à multiplier les catégories et à diversifier les règles applicables pour saisir non plus des sujets de droit abstraits et identiques mais les membres de groupes concrets et différents les uns des autres. Ce que le principe d'égalité proscrit, dès lors, ce n'est plus la différence de traitement en elle-même, qui peut au contraire être une condition pour établir l'égalité de fait, mais **la différence de traitement illégitime** ; ce qu'il exige, ce n'est plus de traiter tout le monde de la même façon, d'appliquer les mêmes règles à tous, mais uniquement de traiter de façon identique ceux qui se trouvent dans des situations semblables, de ne pas opérer des **distinctions arbitraires.**

Dans ces conditions, il devient beaucoup plus délicat de dire si une différence de traitement est ou non discriminatoire, si elle constitue ou non une violation du principe d'égalité. Lorsqu'on essaie de reconstituer la démarche intellectuelle utilisée par les instances chargées de censurer les discriminations illégitimes - c'est à dire, en pratique, le plus souvent les juges -, on constate que trois éléments distincts mais solidaires sont pris en compte : 1. la situation des personnes ou des groupes qui font l'objet de la différence de traitement, ou encore le critère de la distinction opérée ;

---

[5] L'article 416 du Code pénal punit d'une peine d'emprisonnement et d'une amende la personne qui : 1° aura refusé de fournir un bien ou un service à raison de l'origine, du sexe (etc.) de le personne qui le requiert, ou aura soumis son offre à une condition discriminatoire ; 2° aura refusé d'embaucher ou aura licencié, pour les mêmes raisons, une personne, ou aura soumis une offre d'emploi à une condition discriminatoire.
L'article 187-1 punit d'une peine d'emprisonnement et d'amende tout dépositaire de l'autorité publique ou citoyen chargé d'un ministère public qui aura refusé sciemment à quelqu'un, à raison de son origine, de son sexe (etc.), le bénéfice d'un droit auquel il pouvait prétendre.
Les articles 416-1 et 187-1, introduits par la loi du 7 juin 1977, punissent les comportements - actions ou omissions - ayant contribué à rendre plus difficile l'exercice d'une activité économique dans des conditions normales par une personne à raison de sa situation de famille, de son origine nationale (etc.), qu'ils émanent d'une personne privée ou d'un dépositaire de l'autorité publique.

[6] Depuis l'intervention de la loi du 13 juillet 1983, un chapitre entier du Code du travail est consacré à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (art. L 123-1 et suivants). Par ailleurs, sans que cette énumération soit exhaustive, on peut citer l'article L 122-35, introduit par la loi du 4 août 1982, qui dispose que "le règlement intérieur (...) ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail en raison de leur sexe, de leurs moeurs, de leur situation de famille, de leurs origines, de leurs opinions ou confessions, ou de leur handicap, à capacité professionnelle égale", ou l'article L 122-45 aux termes duquel "aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses activités syndicales ou mutualistes, de l'exercice normal du droit de grève ou de ses convictions religieuses".

2. le domaine dans lequel cette différence intervient ; 3. la justification de cette différence, son adéquation au but poursuivi, bref, sa raison d'être7.

Des situations différentes peuvent justifier l'application de règles différentes : dès lors, la première question, primordiale, est de savoir si les personnes ou les groupes concernés se trouvent effectivement dans des situations différentes. Plus exactement, il s'agit de dire si l'élément distinctif sur lequel on s'est fondé pour élaborer ou appliquer des règles distinctes pouvait légitimement être pris en considération. Il est toujours possible, en effet, de déceler une différence - intrinsèque ou circonstancielle - entre des groupes ou entre des situations. Mais certaines distinctions seront considérées par principe comme arbitraires, quel que soit le domaine dans lequel elles interviennent, et alors même que les groupes traités différemment présentent des caractéristiques qui permettent de les distinguer les uns des autres, parce qu'elles sont frappées d'une illégitimité radicale en fonction d'un jugement éthique : ainsi en est-il des distinctions fondées sur la race ou la couleur de la peau, ou encore, dans une moindre mesure, sur le sexe. De la même façon, il est des domaines où toute différence de traitement est par essence proscrite, parce qu' elle reviendrait à porter atteinte aux droits fondamentaux inhérents à la personne humaine - ces droits "naturels, inaliénables et sacrés" dont nul ne peut être privé. Mais même en dehors de ces hypothèses, on peut rarement dire dans l'absolu que deux situations sont semblables ou différentes : la similitude ou la différence entre deux situations ne peut s'apprécier que de façon relative ; ce qui compte, c'est bien plutôt la **pertinence de la distinction opérée au regard de l'objet et du but de la réglementation** litigieuse. Autrement dit, pour qu'une différence de traitement soit acceptable, il ne suffit pas qu'on puisse déceler des différences entre deux situations, il faut encore qu'il existe une relation logique, rationnelle, non arbitraire, entre la spécificité de la règle et la spécificité de la situation.

On le voit, dès que l'on s'écarte de l'égalité juridique strictement entendue, et de l'idéal d'une même loi pour tous, il devient très délicat de déterminer où finit la différence normale et légitime, où commence la discrimination injustifiée, donc à proscrire. Les choix opérés dans ce domaine dépendent pour une large part d'une appréciation aléatoire, subjective, et susceptible d'évoluer dans le temps. C'est cette relativité, cette plasticité, même, du principe d'égalité qui a permis de passer, sans rupture ni contradiction apparente, d'un refus radical de toutes les différences à une institutionnalisation - limitée mais réelle - de certaines différences. C'est également en raison de la part d'arbitraire qui s'y attache que ces choix constituent, comme on le montrera plus loin, un bon révélateur du statut implicite reconnu à un groupe déterminé, et le cas échéant à une minorité : estimer qu'une différence de traitement est justifiée, c'est reconnaître qu'il existe une différence de situation dont le droit peut légitimement tenir compte, c'est déjà reconnaître, implicitement, l'existence du groupe en tant que groupe, de la minorité en tant que minorité.

B. La différence niée au nom de l'homogénéité du corps social

Le postulat de l'homogénéité du corps social, quoique désormais compatible, on l'a vu, avec la prise en compte par le droit des caractéristiques propres à telle ou telle catégorie sociale, reste lui aussi un élément important pour expliquer la réticence à reconnaître officiellement certaines différences ; il explique notamment l'allergie du droit public français à tout ce qui aboutirait à figer ces différences, telle l'instauration de quotas.

---

7 Les développements qui suivent restent volontairement très synthétiques et généraux. Pour une analyse plus approfondie de la notion juridique de discrimination et de la jurisprudence tant des juridictions internationales et étrangères que des juridictions françaises , voir D. Lochak, "Réflexions sur la notion de discrimination", *Droit social* 1987/11 p. 778.

Là encore, l'état du droit positif traduit bien les hésitations du législateur : loin de traiter la population comme un tout homogène, il ne cesse, on le sait, de la diviser en catégories, en fonction de l'âge, de la profession, de l'état de santé, du lieu d'habitation, voire du sexe ; et le Conseil constitutionnel admet la validité de ces distinctions dès lors qu'elles peuvent se justifier rationnellement par des différences de situation. Mieux - ou pire - encore : les discriminations dites "positives", ou "à rebours", introduites ici et là dans notre droit, aboutissent à prévoir pour ces catégories des traitements non seulement différents, mais inégaux, de façon à compenser les inégalités de fait. C'est ainsi que dans la fonction publique, pour ne prendre que cet exemple, le principe d'égalité, très tôt et très vigoureusement affirmé, n'empêche ni l'existence d'"emplois réservés" échappant à la règle du concours, ni l'organisation de concours distincts permettant l'accès aux mêmes emplois pour les fonctionnaires et les non fonctionnaires, ni l'assouplissement ou la suppression des limites d'âge pour certaines catégories jugées dignes d'intérêt (ou de compassion) telles que les veuves, les mères de familles nombreuses, les personnes handicapées, etc.

Le gommage de certaines différences

Ce découpage systématique de la population en catégories, devenu pour le législateur un exercice quotidien et familier, pourrait laisser penser que le mythe de l'homogénéité du corps social a depuis longtemps volé en éclats. Or de nombreux indices attestent le contraire. Premier indice : alors que dans plusieurs pays les juges estiment que l'existence de situations différentes non seulement justifie, mais impose l'application de règles différentes, dans la mesure où un traitement uniforme peut, indirectement, produire des effets pratiques discriminatoires à l'encontre d'un groupe déterminé[8], ni le Conseil constitutionnel, ni le Conseil d'Etat français n'ont jusqu'à présent accepté de pousser aussi loin la logique de la distinction et de la prise en compte des différences : ni le législateur, ni les autorités administratives ne sont tenus de prévoir et de corriger par avance les inégalités engendrées par l'application d'une réglementation uniforme ; ils ont le droit de **faire abstraction des différences de fait** entre les individus ou les groupes concernés par cette réglementation, et d'ignorer l'hétérogénéité des situations sociales concrètes[9].

Second indice, plus significatif encore : le fait que le législateur français ne se soit lancé que **très prudemment** dans la politique de mise en oeuvre des **discriminations positives,** alors même que les traités internationaux, d'une part, les textes qu'il a lui-même votés, d'autre part, prévoient explicitement la possibilité d'introduire dans la législation des dispositions préférentielles en faveur de certains groupes défavorisés en vue de réduire les inégalités dont ils sont victimes[10]. Les exem-

---

[8] Pour le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe, le principe d'égalité oblige "à traiter de façon identique des situations identiques et de façon différente, conformément à leur caractère propre, des situations différentes, en se référant constamment à l'idée de justice". Voir Hans RUPP, "Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Tribunal constitutionnel fédéral allemand", *in* L.Favoreu dir. , **Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux**, Economica, 1982, p. 256.
De même, aux yeux des tribunaux britanniques il y a discrimination indirecte lorsqu'un traitement égal produit des effets inéquitables et discriminatoires envers un groupe déterminé : ainsi, la fixation d'une limite d'âge uniforme à 28 ans pour entrer dans la fonction publique frappe de façon disproportionnée les femmes ayant de jeuens enfants et est donc illégale ;: est de même illégale l'exigence du plein temps imposée à tous les agents d'un grade donné d'une direction du ministère de l'Intérieur car elle lèse les femmes ayant des enfants en bas âge qui ne peuvent travailler qu'à mi-temps. Voir A. Lester, "La législation anglaise contre la discrimination", *Droit social* 1987/11, p. 791.

[9] Une évolution de la jurisprudence sur ce point ne nous semble toutefois pas exclue. La position du Conseil constitutionnel pourrait céder, par exemple, devant le caractère choquant et manifestement discriminatoire de l'application d'une règle uniforme à des situations différentes. Pour prendre une hypothèse d'école, on voit mal comment il pourrait ne pas invalider une loi qui supprimerait le régime spécial des congés de maternité...

[10] Il s'agit notamment de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptées sous l'égide de l'ONU et

ples cités plus haut à propos de l'accès à la fonction publique ne doivent pas faire illusion : dans l'ensemble, la société française n'est sans doute pas prête à la généralisation de politiques consistant à "déshabiller Pierre pour habiller Paul". Et l'on imagine mal, il faut bien le dire, le législateur français imposant un jour prochain des mesures à visée anti-ségrégationnistes aussi radicales que celles qui ont pu être adoptées dans d'autres pays où la notion de minorité n'est pas tabou, comme les Etats-Unis, et qui permettent de donner la priorité aux Noirs sur les Blancs ou aux femmes sur les hommes pour l'accès à certains postes pourvus sur la base de quotas et non plus du seul mérite[11].

Attachement viscéral à un principe d'égalité formelle qui se concrétise notamment dans la règle sacro-sainte du concours, symbole et pilier de la méritocratie à la française ? Réticence à reconnaître ouvertement l'existence de déterminismes sociaux générateurs d'inégalités de fait que l'on ne saurait combattre par la seule affirmation de l'égalité des droits[12] ? Sans doute. Mais aussi, plus fondamentalement, **impossibilité de se représenter la société comme formée par la juxtaposition de groupes discrets, hétérogènes les uns aux autres** : à preuve la plus grande facilité avec laquelle sont instituées et acceptées les différences de traitement fondées sur des différences de situation contingentes par rapport à celles fondées sur des appartenances plus substantielles. Prendre des mesures qui favorisent les jeunes ou les handicapés : sans doute ; les mères de famille nombreuse ou les veuves, cela se conçoit ; s'agissant des femmes en tant que telles, la chose est déjà moins évidente ; quant à accorder des priorités ou des privilèges aux membres d'un groupe défini par une appartenance ethnique ou une origine géographique (les Corses, les Bretons, les originaires des DOM, les musulmans, les "Beurs", etc...) l'idée même en paraîtrait saugrenue, voire choquante, si d'aventure elle était lancée.

Cela ne veut pas dire que rien n'est fait pour lutter contre les inégalités : tout au contraire, l'Etat providence ne cesse de distribuer aides et prestations, en donnant la priorité (en principe...) à ceux qui en ont le plus besoin ; mais les bénéficiaires en sont les individus, déterminés, certes, en fonction de critères objectifs, et donc par référence à des catégories - mais à des catégories définies juridiquement et qui correspondent rarement à des groupes d'appartenance stables et pré-constitués. **Le droit public français raisonne plus volontiers en termes de catégories qu'en termes de groupes, a fortiori de minorités** : les catégories ont quelque chose de conjoncturel, de volatil, d'instable et d'abstrait qui rassure ; les groupes ont à l'inverse une essence, une substance concrète, une permanence, qui inquiètent.

---

ratifiées par la France. La première précise que "les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certain groupes raciaux ou ethniques (...) ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient". La seconde de ces conventions contient une disposition équivalente s'agissant des discriminations positives en faveur des femmes. Le Code du travail prévoit de son côté, que le principe de non discrimination entre les hommes et les femmes ne fait pas "obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes" (art. L 123-3).

[11] Il est vrai que l'organisation de concours distincts d'hommes et de femmes pour l'accès aux fonctions d'instituteurs, qui vient seulement d'être supprimée, s'apparentait assez à une mesure de protection d'une espèce en voie d'extinction : l'instituteur de sexe masculin, puisque cela revenait à garantir aux hommes un quota de postes. Néanmoins, le but n'était pas de protéger une minorité défavorisée, mais de préserver un équilibre profitable aux enfants au sein du corps enseignant.

[12] C'est là, on le sait bien, la pierre d'achoppement de toutes les politiques scolaires menées depuis la Libération et qui n'ont jamais, en dépit de toutes les réformes entreprises et des bonnes intentions qui les sous-tendaient, réussi à instaurer l'égalité des chances : ainsi en va-t-il, en particulier, du fameux "collège unique", exemple typique d'égalité formelle tout autant génératrice de ségrégation que les anciennes filières séparées.

L'allergie à l'idée de quotas

Et ceci explique les réticences à l'encontre de toute politique de quotas, y compris comme moyen de lutte contre les discriminations. Non seulement l'instauration de quotas brise la stricte égalité juridique en accroissant artificiellement les chances des membres des groupes défavorisés au détriment des membres des groupes plus favorisés, mais elle contredit le postulat de l'homogénéité du corps social. Elle revient à reconnaître qu'il existe entre les individus qui constituent ce corps social **non pas seulement des différences liées à un état temporaire ou contingent**, comme l'âge ou la profession, **mais des différences plus substantielles, irréductiblement liées à l'appartenance à un groupe** qui ne se fond pas (ne parvient pas à se fondre) dans le reste de la société. Dans une société d'où les corps intermédiaires ont été volontairement bannis il y a deux cents ans, les quotas ne heurtent pas seulement une tradition ; ils sont aussi en quelque sorte un aveu - l'aveu que l'homogénéité sociale n'est qu'une fiction, un aveu d' impuissance, également - en même temps qu'ils engagent l'avenir, en figeant les différences et les liens d'appartenances qui les fondent.

Il n'est donc pas surprenant que les quotas, appliqués à des personnes, soient sinon une notion inconnue du droit français, du moins une procédure rarement utilisée. De quotas au sens strict, on ne trouve guère d'autre exemple, semble-t-il, que la priorité d'emploi réservée aux handicapés dans les entreprises et dans les administrations par l'article L 323-19 du Code du travail, à concurrence d'un pourcentage fixé actuellement à 3% (chiffre qui est d'ailleurs loin d'être respecté). S'apparentent également à des quotas les emplois réservés dans la fonction publique, qui concernent, outre les handicapés, les victimes de la guerre et les anciens militaires[13]. On peut encore rappeler que l'article L 342-2 du Code du travail contenait une disposition guère appliquée mais restée formellement en vigueur jusqu'à son abrogation récente par la loi du 17 septembre 1981, prévoyant la fixation, par branche, par catégorie professionnelle et par région, d'un pourcentage maximum d'embauche de la main-d'oeuvre immigrée dans les entreprises. L'énumération s'arrête à peu près là[14].

La notion de quota semble bien, en effet, difficilement compatible avec les principes généraux du droit français, comme l'a montré l'échec de la seule tentative qui ait été faite dans les années récentes pour l'y introduire : on veut parler de l'invalidation par le Conseil constitutionnel, en 1982, de la disposition législative qui interdisait, en vue des élections municipales, de constituer des listes de candidats dans lesquelles l'un des deux sexes - en pratique les femmes - n'obtiendrait pas une représentation au moins égale à 25% des sièges à pourvoir. La décision du Conseil constitutionnel, estimant que les principes à valeur constitutionnelle s'opposaient à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles pour tout suffrage politique, était contestable à beaucoup d'égards[15] : d'une part parce qu'elle aboutissait à invalider un texte adopté par la quasi-unanimité des députés et dont les auteurs de la saisine ne contestaient pas la constitutionnalité ; d'autre part parce qu'elle s'appuyait sur une argumentation assez fragile et peu convaincante, se résumant pour l'essentiel dans

---

[13] Mais le juge refuse la fixation explicite d'un quota de places réservées à des examens ou concours au nom du principe d'égalité, dans la mesure où elle introduit des critères étrangers aux capacités des candidats. Voir par exemple C.E. 14 mars 1986, *Syndicat national des directeurs d'école de pédicurie-podologie*, *Act. jur. dr. adm.* 1986 p. 378.: dans cet arrêt, le Conseil d'Etat censure un arrêté ministériel réservant 30% des places mises au concours pour l'accès aux écoles de préparation à des professions paramédicales à certaines catégories de candidats en raison de leurs charges de famille ou de leur activité professionnelle antérieure.

[14] On ne peut en effet considérer comme la mise en oeuvre de quotas à proprement parler, bien que le mécanisme paraisse extérieurement assez proche, les règles régissant la composition des innombrables organismes et la représentation en leur sein de différentes catégories sociales ou professionnelles selon une clé de répartition préalablement fixée, soit en nombre absolu, soit en pourcentage.

[15] Pour une critique de cette décision, voir D. Loschak, "Les hommes politiques, les "sages" (?) et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982)", *Droit social* 1983/2, p. 131.

le rapprochement de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme ("tous les citoyens étant égaux (aux yeux de la loi) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics (...) sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents") et de l'article 3 de la Constitution sur l'universalité et l'égalité du suffrage.

Mais pour contestable et mal argumentée qu'elle soit, cette décision n'en est pas moins fort intéressante en ce qu'elle traduit parfaitement la crainte intuitive, également exprimée au cours des débats parlementaires, que l'introduction de distinctions au sein du corps électoral - et de distinctions figées par l'affectation de quotas - n'ouvre progressivement la voie à d'autres classifications et ne débouche à terme sur "une sorte de corporatisme social qui briserait l'unité du suffrage universel"[16]. La véritable objection, l'objection la plus sérieuse, quoique non directement formulée, à la réforme proposée, c'est qu'en divisant les éligibles en catégories afin d'assurer un minimum de représentation à chacune d'elles, **elle portait atteinte au dogme de l'unité et de l'homogénéité du corps des citoyens**, et remettait ainsi en cause un des fondements traditionnels de l'ordre constitutionnel français. Ce dogme, il est vrai, n'a pas empêché que se développent, en marge de la représentation politique, d'autres instances de représentation reposant cette fois ouvertement sur une division de la population en catégories - socio-professionnelles, démographiques, ou autres - , représentées dans ces instances selon une clé de répartition, fixée en chiffres absolus ou en pourcentage, qui n'est pas sans rappeler à certains égards le système des quotas... Indice de la relativité dudit dogme, et peut-être de sa fragilité ?

C. La différence réprimée au nom de l'unité nationale

Cette société homogène, formée d'individus égaux, est aussi une société unitaire. Et tout comme l'homogénéité supposait la dissolution des corps intermédiaires et de solidarités partielles, l'unité s'est forgée **contre les particularismes locaux**, par la négation, voire la répression des spécificités régionales et des revendications autonomistes. Cet aspect de l'intervention étatique, qui met cette fois directement en scène les minorités, est bien connu, et ne requiert donc pas de longs développements. On se bornera à montrer comment la lutte pour l'unité s'inscrit dans le droit à travers deux exemples : le statut juridique de la langue française, et le sort des associations autonomistes.

L'unification linguistique

L'oeuvre unificatrice de la République en matière linguistique, avec sa dimension répressive et réductrice, a fait l'objet de suffisamment d'études, tant de la part des historiens que des linguistes, pour qu'il ne soit pas besoin d'y revenir[17]. On se concentrera donc ici uniquement sur **la traduction juridique** de cette oeuvre[18].

C'est l'ordonnance de Villers-Cotterêts, en 1539, qui pour la première fois inscrit dans le droit l'obligation de prononcer et d'enregistrer les actes de justice en "langage maternel français".

---

16 La formule est de Georges Vedel, qui d'ailleurs ne la reprenait pas à son compte. Elle figure dans un article qu'il avait fait paraître à une époque où il n'était pas encore membre du Conseil constitutionnel : "Le quota aux élections municipales . Les 20%, les femmes et la Constitution", *Le Monde* du 3 février 1979.

17 Voir par exemple F. Brunot, *Histoire de la langue française des origines à nos jours*, Armand Colin, 1968 ; M. de Certeau, D. Julia, J. Revel, *Une politique de la langue*, Gallimard, 1975 ; P. Bourdieu, L. Boltanski, "Le fétichisme de la langue", *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 4/1975 ; L. J. Calvet, *Linguistique et colonialisme*, Petite bibl. Payot, 1979.

18 Voir D. Latournerie, "Le droit de la langue française", *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n° 36, 1984-85, à qui nous empruntons une partie des précisions qui suivent.

Dirigé essentiellement contre l'usage du latin, le texte aboutit à écarter également les dialectes locaux. Sous la Révolution, le décret du 2 thermidor an II (20 juillet 1794) prescrit que tout acte public - et non plus seulement judiciaire - soit écrit en français ; devant les difficultés que son application suscite, l'exécution en sera toutefois suspendue dès le 16 fructidor (2 septembre)[19]. Mais depuis le 17 décembre 1793, l'usage de l'"allemand" a été interdit en Alsace par le Comité de salut public, plus par crainte de la subversion, il est vrai, que par souci d'unification.

On ne trouve plus par la suite de texte relatif à l'utilisation du français pour les actes publics (sans doute la chose paraît-elle suffisamment naturelle pour qu'il n'y ait plus besoin de la ter[20]), sauf à propos de l'Alsace-Lorraine : après le retour à la France des trois départements, un arrêté du 2 février 1919, complété par un décret du 15 mai 1922, déclare le français langue judiciaire, tout en prévoyant, en vertu d'une disposition encore en vigueur aujourd'hui quoique apparemment tombée en désuétude, que les débats peuvent avoir lieu en dialecte local ou en allemand si les intéressés déclarent ne pas posséder suffisamment la langue française. De même, les actes notariés doivent être normalement rédigés en français, sauf si les parties déclarent ignorer le français et requièrent que l'acte soit rédigé en allemand.

Parallèlement, des textes viennent régir l'usage du français dans l'enseignement : l'école sera, on le sait, l'instrument d'unification linguistique le plus efficace. Après que la Convention ait voté une loi instituant les écoles primaires d'Etat, un texte de vendémiaire an II prévoit que les enfants apprennent à parler, lire et écrire la langue française ; quelques jours plus tard, un décret rappelle que l'instruction ne doit être dispensée qu'en français. L'année suivante, on impose la nomination d'un instituteur francophone dans chaque commune où l'on ne parle pas le français - mesure dont la mise en oeuvre s'avère malaisée, notamment en Alsace, où l'on finit par autoriser l'enseignement bilingue.

Les révolutionnaires n'avaient pas les moyens de leur ambitions : aussi les textes adoptés en matière scolaire sont-ils restés assez largement lettre morte. C'est la IIIè République qui réalisera ce qu'ils avaient tenté sans le réussir. Dans l'école désormais obligatoire et gratuite, un arrêté du 18 janvier 1887 prescrit que le français sera seul en usage. Seule l'Alsace-Lorraine est soumise à un régime plus souple[21]. Partout ailleurs l'utilisation des langues régionales, ravalées au rang de "dia-

---

[19]Un rapport de l'abbé Grégoire à la Convention, en juillet 1793, fait apparaître que sur 26 millions de Français, 11 seulement sont francophones de naissance, et que parmi les 15 autres millions, seuls 3 millions parlent correctement le français (cité par L.J. Calvet, *op. cit.* p. 166). C'est ce qui explique qu'un décret du 14 janvier 1790 ait prévu la traduction en langue locale des textes officiels, en contradiction apparente avec la politique d'unification linguistique. [20] Dans un arrêt du 22 novembre 1985, *M. Quillevère*, le Conseil d'Etat a jugé irrecevable une requête rédigée en langue bretonne. Bien que l'ordonnance de Villers-Cotterêts (qui ne concerne au demeurant que les actes faits par le juge et non par le justiciable) soit citée dans les visas, la décision n'est pas autrement motivée ; il faut donc en déduire qu'aux yeux du Conseil d'Etat l'obligation de rédiger les requêtes en français est un principe impératif qui s'impose même en sence de disposition explicite en ce sens. Pour un commentaire de cet arrêt, voir la chronique de S.Hubac et M. Azibert, dans *Act. jur. dr. adm.* 1985 p. 716.

[20] Dans un arrêt du 22 novembre 1985, *M. Quillevère*, le Conseil d'Etat a jugé irrecevable une requête rédigée en langue bretonne. Bien que l'ordonnance de Villers-Cotterêts (qui ne concerne au demeurant que les actes faits par le juge et non par le justiciable) soit citée dans les visas, la décision n'est pas autrement motivée ; il faut donc en déduire qu'aux yeux du Conseil d'Etat l'obligation de rédiger les requêtes en français est un principe impératif qui s'impose même en l'absence de disposition explicite en ce sens. Pour un commentaire de cet arrêt, voir la chronique de S.Hubac et M. Azibert, dans *Act. jur. dr. adm.* 1985 p. 716.

[21] Un décret du 18 décembre 1952 institue un enseignement de l'allemand dans les classes terminales de l'enseignement élémentaire. Plus récemment, une circulaire du recteur de l'académie de Strasbourg, en date du 9 juin 1982, prévoit la possibilité d'accueillir les enfants en dialecte à l'école maternelle, généralise l'enseignement de l'allemand en cours moyen, et renforce l'enseignement de l'allemand dans le secondaire. Sur le statut spécifique de l'Alsace-Lorraine en

lectes" ou de "patois", est proscrite ; et dans les colonies, l'arabe a le statut de langue étrangère[22]. Il faut attendre le vote de la loi Deixonne du 11 janvier 1951 pour que les langues régionales retrouvent droit de cité dans l'enseignement, et notamment pour que soit autorisé le recours par les maîtres aux parlers locaux "chaque fois qu'ils pourront en tirer profit pour leur enseignement": premier pas vers l'acceptation puis l'institutionnalisation des différences, qu'on analysera à ce titre plus loin.

L'intégrité du territoire

Il n'est pas utile de rappeler avec quelle constance le pouvoir central a réprimé les **mouvements autonomistes ou indépendantistes**, tant en métropole que dans les colonies. Cette répression s'est exercée très souvent par la force, ou par le recours à l'arsenal pénal lorsque ces mouvements se livraient à des actes de violence tombant sous le coup de la loi pénale.

Mais les gouvernements ont aussi utilisé des moyens juridiques, au premier rang desquels figure la loi du 10 janvier 1936 qui permet de dissoudre par décret les associations "qui auraient pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national". Ce que ce texte a de remarquable, c'est que, bien qu'inséré dans une loi dirigée contre les "groupes de combat et milices privées", il ne subordonne pas la dissolution à de quelconques actes de violence. Selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, il n'est nullement besoin pour que la dissolution puisse intervenir que l'association ou ses membres aient commis des actes illégaux ; mieux encore : le seul fait pour un groupement de s'être assigné comme objectif l'indépendance d'un territoire, d'avoir inscrit cet objectif dans son programme, justifie sa dissolution, même si cette déclaration d'intention n'a été suivie d'aucun acte d'exécution[23]. La dissolution sanctionne en quelque sorte le délit d'opinion, comme s'il était sacrilège d'envisager le "démembrement" du territoire national.

De fait, parmi les très nombreux mouvements qui ont été dissous depuis 1945 pour ce motif[24], certains s'étaient livrés ou avaient encouragé des actes de violence, tel le FLN algérien, l'Union des populations camerounaises, ou le FLNC corse. Mais d'autres n'avaient rien fait qui tombât sous le coup de la loi - ou tout au moins d'une autre loi que la loi de 1936 : tel le parti politique tahitien "Pupu Tiama Maohi", dissous en 1963, qui avait pour programme d'instaurer en Polynésie une république indépendant, ou le Front commun antillo-guyanais, dissous en 1961, qui préconisait l'indépendance des départements français d'Amérique[25].

Cette radicalité de la répression n'est pas exclusive d'accommodements avec le réel. Non seulement beaucoup des territoires concernés ont obtenu par la suite leur indépendance ; mais, de façon plus significative encore, les spécificités des territoires ou régions demeurés dans le cadre de la République française ont généralement fini par être reconnues - jusqu'à un certain point et au

---

matière linguistique, voir J.M. Woehrling, "Matières régies par le droit public alsacien", *Jurisclasseur administratif*, Fasc. 122-2.

22 Elle est donc enseignée comme telle dans les lycées. Un arrêt du Conseil d'Etat du 8 février 1935, *Bouchemal Ahmed Ben Smaïn*, confirme ce statut de langue étrangère de l'arabe, en estimant que la législation sur les publications étrangères s'applique aux publications en langue arabe. (*Rec.Lebon*, p. 164).

23 Voir G. Peiser, "La dissolution des associations", *Rec. Dalloz*, 1963 p. 59.

24 En voici une liste non exhaustive : 1945, Délégation générale des Indochinois ; 1947, Parti nationaliste malgache et Mouvement de rénovation malgache ; 1950, Union des Vietnamiens en France ; 1954, M.T.L.D. ; 1955, Union des populations camerounaises, Jeunesse démocratique camerounaise, Parti communiste algérien ; 1954, M.N.A. et F.L.N. ; 1958, Amicale des travailleurs algériens en France, et UGEMA ; 1961, Front commun antillo-guyanais ; 1963, Pupu Tiama Maohi (polynésien) ; 1967, Mouvement populaire de la Côte française des Somalis ; 1982, F.L.N.C. (etc.).

25 Dans les deux cas, le Conseil d'Etat a rejeté le recours contre le décret de dissolution. Voir C.E. 15 juillet 1964, *Dame Tapua* (*Rec. Lebon* p. 407), et C.E. 19 juin 1964, *Beville* (*Rev. dr. pub.* 1965 p. 120).

bout d'un temps plus ou moins long - avec les entorses qui en résultent à la règle de l'uniformité de traitement : reconnaissance ancienne, dans le cas de l'Alsace-Lorraine ; reconnaissance plus récente, mais plus solennelle aussi, pour les territoires d'outre-mer, auxquels la Constitution de 1958 reconnaît le droit à une "organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République"; reconnaissance ambiguë pour les départements d'outre-mer, théoriquement assimilés aux départements métropolitains, mais dont le régime législatif et l'organisation administrative peuvent faire l'objet, dit la Constitution, de "mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière" ; reconnaissance para-constitutionnelle, plus récemment encore, pour la région Corse, dotée par la loi d'un statut "sui generis", etc...

On a là des exemples d'une véritable institutionnalisation des différences, de cette "gestion pragmatique des différences" à laquelle on faisait allusion en commençant, et dont il convient à présent d'essayer de cerner avec plus de précision les modalités.

II. VERS UNE GESTION PRAGMATIQUE DES DIFFERENCES et la reconnaissance du fait minoritaire

Comme il est apparu à plusieurs reprises au cours des développements qui précèdent, la logique égalitaire et uniformisante ne peut jamais être poussée jusqu'à son terme. Le droit ne peut faire indéfiniment abstraction de la complexité du réel et de la diversité des situations concrètes, et il est obligé, à un moment ou à un autre, d'une façon ou d'une autre, de prendre en compte ces différences.

Ce phénomène n'est pas en lui-même absolument nouveau ; il serait excessif, par exemple, d'opposer dans le temps deux périodes : un refus initial des différences au nom des principes d'égalité, d'homogénéité et d'unité, auquel succéderait aujourd'hui une reconnaissance de plus en plus complète de ces différences. Mais il a tendance à s'amplifier et à changer de nature : ce qui est nouveau, c'est que le droit n'intègre plus seulement des différences catégorielles plus ou moins contingentes, mais aussi des différences plus substantielles, découlant de l'appartenance à un groupe constitué qui se vit subjectivement ou apparaît objectivement comme minoritaire au sein de la collectivité nationale. On assiste ainsi, sans que les bases idéologiques initiales aient été ouvertement remises en cause, à une **reconnaissance implicite du phénomène minoritaire par le droit.**

Au point qu'il paraît légitime de parler d'une véritable "gestion" des différences, une gestion toute pragmatique, car non planifiée, ne reposant sur aucun projet clairement formulé, mais s'efforçant de répondre ponctuellement aux problèmes posés par l'existence des différences, d'adapter le droit à des revendications qui s'expriment, elles, avec de plus en plus de netteté. On observe ainsi dans l'attitude des pouvoirs publics une gradation allant de la simple tolérance à la reconnaissance officieuse, et de la reconnaissance officieuse à l'institutionnalisation des différences.

Cette gradation se retrouve également dans les modalités d'**articulation entre le droit étatique et le droit secrété par le groupe minoritaire.** Comme le montre bien Santi Romano[26], dont les analyses, quoique ne portant pas sur les minorités mais sur les institutions en général, sont ici particulièrement éclairantes, les groupes secrètent toujours un ordre juridique, des normes qui valent à l'intérieur du groupe. Et la nature des rapports que cet ordre juridique partiel entretient avec l'ordre

---

[26] Santi Romano, *L'ordre juridique*, 1946, trad. fr. Dalloz, 1975.

juridique global est, bien sûr, en corrélation étroite avec le degré de reconnaissance par l'Etat du groupe ou de l'institution en cause. Ainsi, dit Santi Romano, il y a des entités réglementées par l'Etat, d'autres que l'Etat ignore, ou bien encore considère comme illicites ; et la lutte de ces groupes pour la reconnaissance est à la fois une lutte pour se voir reconnaître un statut, pour voir leur existence entérinée par le droit étatique, pour obtenir une existence légale , mais aussi une lutte pour que l'ordre juridique étatique prenne en compte les normes émanant du groupe, ménage une certaine place à l'ordre juridique minoritaire, lui apporte le cas échéant sa sanction.

Cette prise en compte, susceptible de degrés et de modalités variables, du droit institutionnel par le droit étatique, Santi Romano la désigne sous le nom de "**relevance**" : il y a relevance d'un ordre juridique pour un autre lorsque le second tient compte de l'existence du premier, au lieu de l' ignorer ou de le combattre : soit en acceptant une autolimitation de son champ d'application au profit de l'ordre juridique subordonné ou indépendant ; soit en renvoyant expressément à ses normes, auxquelles il accordera le cas échéant sa sanction ; soit en intégrant plus ou moins complètement cet autre ordre juridique au sien propre. On trouve ainsi aux deux extrêmes une situation de coexistence inégale où le droit étatique ignore l'ordre juridique minoritaire, et une situation de pluralisme institutionnalisé où l'Etat inscrit le fait minoritaire dans son ordre propre ; et entre les deux, une situation intermédiaire où l'ordre juridique minoritaire, sans être officiellement reconnu, fait l'objet d'une réception à la marge par l'ordre juridique de l'Etat. C'est dans les rapports entre l'Etat et les groupes confessionnels, beaucoup plus ambigus et complexes que ne le laisse supposer le prétendu principe de séparation, que l'on trouve l'illustration la plus complète de ces différents types de situations. C'est donc sur ces rapports que l'on sera amené le plus souvent à s'appuyer pour décrire la façon dont l'Etat "gère" les différences : ils fournissent une sorte d'idéal-type de ce que peuvent être les rapports entre l'Etat et les minorités.

A. L'acceptation des différences : de l'ignorance à la coexistence avec l'ordre juridique minoritaire

Une certaine conception de la neutralité de l'Etat lui fait obligation, on l'a vu, d'ignorer les appartenances des personnes : les autorités publiques, lorsqu'elles posent des règles ou lorsqu'elles traitent des cas individuels, doivent faire abstraction non seulement du sexe, de la race ou de l'origine des intéressés, mais aussi des opinions ou affiliations politiques, syndicales, religieuses, philosophiques, etc. Mais cette ignorance délibérée, outre que le principe n'en est pas toujours parfaitement respecté, trouve assez vite ses limites : dans le cas de la religion, en particulier, elle risquerait, si elle était poussée jusqu'à son terme, d'entraver l'exercice de la liberté de conscience, que l'Etat doit non seulement respecter mais garantir. Le droit étatique est ainsi amené à accepter un début de coexistence avec l'ordre juridique minoritaire.

Une ignorance de principe

"La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte", dispose l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905, tandis que la Constitution de 1958 proclame : "La France est une République ... laïque. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances". La laïcité, principe de tolérance, est en même temps un principe d'**indifférence** : indifférence de l'Etat aux croyances individuelles, qui ne doivent entraîner aucune discrimination entre les citoyens, mais indifférence également aux institu-

tions confessionnelles, que l'Etat doit désormais ignorer et dans les affaires desquelles il n'a plus à intervenir sous aucune forme, en vertu du principe de séparation des Eglises et de l'Etat[27].

Ignorance toute relative, en réalité. On n'évoquera que pour mémoire la façon - décidément bien déconcertante au regard du principe de laïcité - dont la République a officialisé comme fêtes légales toutes les grandes fêtes religieuses catholiques, qui montre simplement que les réalités sociologiques pèsent parfois plus lourd que les grands idéaux politiques.

Mais indépendamment même de cet accroc majeur au principe de laïcité, il suffit de lire les dispositions des lois de 1905 et de 1907 relatives à la propriété et à l'utilisation des édifices cultuels ainsi qu'aux associations cultuelles,pour constater que s'il n'y a plus de cultes reconnus officiellement par l'Etat, le droit étatique continue bel et bien à régir les cultes existants. Sans doute fallait-il assurer la transition avec le régime antérieur, et organiser ce qui apparaît comme une sorte de "privatisation" avant la lettre de l'activité religieuse. Toujours est-il que les églises, bien qu'appartenant au domaine public, donc étant propriété publique, sont, aux termes de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907, affectées au culte catholique et laissées à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion : ce qui revient à grever d'une affectation particulière, au profit d'une religion déterminée, une partie du domaine public qui fait ainsi l'objet d'une utilisation semi-privative (avec les conséquences complexes et paradoxales qui en découlent s'agissant de la désignation de l'ecclésiastique affectataire, comme on le verra plus loin).

Mais il y a plus : il est aisé de prouver qu'en dépit du principe de séparation le droit étatique continue à tenir compte soit de la nature confessionnelle de certaines activités, soit encore de l'état ecclésiastique des personnes, qu'il devrait logiquement ignorer en vertu du principe d'indifférence de l'Etat à tout ce qui relève de la sphère religieuse. Deux exemples l'illustrent parfaitement.

Le premier exemple est tiré du statut des **congrégations** : la loi ne considère pas les congrégations comme des associations comme les autres, mais les soumet à un régime dérogatoire, qu'on peut même qualifier de discriminatoire, dans la mesure où il reflète nettement la méfiance originelle des pouvoirs publics à leur encontre[28]. Jusqu'à une loi du 8 avril 1942, les congrégations non reconnues non seulement n'avaient pas d'existence légale, mais elles tombaient sous le coup de la loi pénale. Aujourd'hui encore, elles restent placées en dehors du régime libéral des associations : pour obtenir la personnalité morale et la capacité juridique, il ne leur suffit pas d'effectuer une déclaration ; il leur faut demander une autorisation, accordée par décret pris sur avis conforme du Conseil d'Etat.

La seconde illustration, on la trouve dans les conséquences que le droit attache à la **qualité d'ecclésiastique.** En dehors du cas particulier de l'Alsace-Lorraine, sur lequel on reviendra plus loin, les ecclésiastiques devraient être considérés comme de simples particuliers, comme des citoyens que rien ne singularise des autres. En réalité, il en va différemment. On constate, d'abord, que les ministres du culte sont soumis à des obligations et à des incapacités spécifiques en raison de leurs fonctions : interdiction d'accepter un don ou leg de la part de celui qu'ils ont assisté pendant une maladie et qui est mort de cette maladie (art. 909 du Code civil) ; aggravation des peines encourues en cas d'attentat à la pudeur et de viol en tant qu'ils sont commis par une personne ayant abusé de l'autorité que lui confèrent ses fonctions (art. 331 à 333 du Code pénal) ; obligation de respecter

---

[27] Sur la notion de laïcité et les corollaires du principe de la séparation de l'Eglise et de l'Etat, voir par exemple C.A. Colliard, *Libertés publiques*, Précis Dalloz, 6è éd., 1982, p. 430 s, et la bibliographie citée.

[28] Les congrégations sont régies par le Titre III de la loi du 1er juillet 1901 sur les associations et le Titre II du décret du 16 août 1901 pris pour son application. Sur le régime des congrégations, voir *Jurisclasseur administratif*, Fasc. 217.

le secret de la confession, dont la violation est assimilée à la violation du secret professionnel (art. 378 du Code pénal), etc... Ces dispositions législatives n'ont, à vrai dire, rien d'exorbitant : on en trouve d'analogues concernant les membres d'autres professions, et notamment les médecins ; néanmoins, elles montrent bien que le droit ne peut ignorer certaines données de fait, et qu'il est obligé de prendre acte et de tirer les conséquences de l'ascendant que les ministres du culte sont à même d'exercer sur les fidèles.

Plus significative encore du non respect du principe d'indifférence apparaît l'exclusion des ecclésiastiques de certains emplois publics : car elle n'est plus, cette fois, justifiée par les fonctions effectivement remplies, mais par un "état", une "qualité" intrinsèque - celle d'homme d'église. On sait bien pourquoi la loi du 30 octobre 1886 relative à l'école primaire a imposé que, dans les écoles publiques, l'enseignement soit exclusivement confié à un personnel laïque : les raisons en étaient d'ordre politique et idéologique avant tout ; mais même sur le plan juridique, le critère de distinction retenu (laïque/ religieux) était cohérent avec la logique du droit alors en vigueur, qui accordait aux Eglises une reconnaissance officielle. Il n'en va plus de même après l'intervention de la loi de séparation : la qualité d'ecclésiastique aurait dû en effet, à partir de ce moment-là, devenir en quelque sorte "transparente" pour le droit étatique. Comme le note Santi Romano, lorsque l'ordre étatique s'abstient (volontairement) de pénétrer dans un domaine, ce qui se passe au-dedans lui est, normalement, juridiquement indifférent[29]. Mais lorsque la qualité d'ecclésiastique, par elle-même et indépendamment des fonctions que la personne remplit dans la société, emporte des conséquences juridiques - en l'occurrence l'exclusion de l'enseignement public -, cela veut dire que **l'Etat tient compte d'une qualité, d'une investiture conférée par un ordre juridique que théoriquement il ignore**, et qui devrait lui être juridiquement indifférent : il y a bien là une contradiction.

Or non seulement l'exclusion posée par la loi de 1886 a continué à produire effet après comme avant 1905, mais on l'a étendue à l'enseignement secondaire. Le Conseil d'Etat a en effet admis, dans un arrêt célèbre, l'arrêt *Abbé Bouteyre* du 10 mai 1912, que le ministre de l'Instruction Publique avait pu à bon droit, même en l'absence de texte, estimer que les fonctions d'ecclésiastique ne sont pas compatibles avec celles de professeur de l'enseignement secondaire public, et refuser en conséquence à un ecclésiastique le droit de se présenter à l'agrégation de philosophie[30]. Si l'on comprend bien, là encore, sur un plan politique et idéologique, les raisons d'une telle exclusion, surtout dans le contexte de l'époque, il n'en reste pas moins que sur le plan strictement juridique, l'exclusion fondée sur la seule qualité d'ecclésiastique apparaît comme une anomalie au regard du principe de séparation[31].

---

[29] L'auteur donne l'exemple de la puissance paternelle au sein de la famille : s'il s'agit bien d'un droit reconnu au père de famille, le droit étatique se borne à en interdire et punir l'abus, mais ne regarde pas comme des droits véritables les diverses facultés de fait comprises dans la puissance paternelle et qui sont juridiquement indifférentes, comme celle de donner une taloche à l'enfant qui a fait une sottise. Autre exemple : l'Etat ignore en général le règlement de discipline d'un couvent, indifférent à l'ordre juridique étatique aussi longtemps qu'il ne franchit pas certaines limites (op.cit. p. 155-156).

[30] Voir M. Long, P. Weil, G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 8è éd., Sirey, 1984, p. 107. "L'état ecclésiastique auquel il s'est consacré s'oppose à ce qu'il soit admis dans le personnel de l'enseignement public, dont le caractère est la laïcité", avait déclaré le ministre de l'Instruction publique pour justifier son refus.

[31] Une lecture attentive de l'arrêt montre que le raisonnement du Conseil d'Etat est, en réalité, plus subtil, et qu'il ne se fonde pas directement sur la qualité d'ecclésiastique de l'intéressé, mais sur les conséquences qui pourraient en découler quant à sa façon de servir, et en l'occurrence d'enseigner : le ministre a pu estimer, dit-il, qu'en embrassant l'état ecclésiastique un candidat à l'agrégation a manifesté, par un acte extérieur, qu'il ne serait pas apte à faire preuve, dans son enseignement, de l'impartialité et de la neutralité requises.
Il reste qu'en pratique l'arrêt a bien été interprété comme entérinant l'exclusion des ecclésiastiques de l'enseignement secondaire public. Curieusement, il est impossible de dire, à l'heure actuelle, si cette règle subsiste encore ou si elle est

Les contraintes de la coexistence

A côté de ces hypothèses où l'indifférence du droit étatique au contenu de l'ordre juridique minoritaire est en quelque sorte prise en défaut, il arrive que le droit étatique soit contraint de transiger, mais de façon voulue et délibérée cette fois, avec le principe d'indifférence, afin de préserver la liberté de conscience des membres du groupe minoritaire.

Les institutions, en effet, et les institutions confessionnelles en particulier, secrètent des règles spécifiques qui s'imposent à leurs membres. Il peut donc y avoir contradiction entre le droit institutionnel et le droit étatique, et il arrive un moment où l'individu ne peut respecter le premier sans se mettre en infraction au regard du second, ou inversement. Poussée jusqu'à son terme, l'ignorance du droit minoritaire aboutirait par conséquent à léser la liberté de conscience proclamée par la loi de 1905 elle-même ("La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes"). La tolérance ne se résout pas dans la seule abstention ; elle implique parfois un comportement positif et **la recherche d'une conciliation possible entre l'ordre juridique dominant et l'ordre juridique minoritaire**[32].

A un niveau très minimal, le respect de la liberté de conscience amènera à autoriser ponctuellement les membres du groupe minoritaire à ne pas se plier aux prescriptions du droit étatique : on dérogera à leur profit, et sur un point précis, à la règle générale. Ainsi les personnes de confession juive (ou musulmane) seront-elles exceptionnellement autorisées à s'absenter le jour des fêtes religieuses juives (ou musulmanes). Exemple banal, mais néanmoins intéressant en ce qu'il permet d'illustrer la différence entre deux modalités opposées d'articulation entre le droit étatique et le droit minoritaire : dans l'hypothèse que nous venons d'envisager, **un élément de l'ordre juridique étatique est momentanément mis entre parenthèses** pour permettre aux membres d'un groupe minoritaire de respecter les normes auxquelles ils sont assujettis en raison de leur appartenance à ce groupe ; tandis que la reconnaissance des fêtes catholiques comme fêtes légales illustre l'hypothèse toute différente où l'Etat intègre dans son ordre propre des éléments d'un ordre juridique qui lui est subordonné (qui n'est pas, il est vrai, à proprement parler minoritaire, dans la mesure où une majorité de la population conserve des liens, fussent-ils très lâches, avec l'institution en cause).

A un second niveau, on s'efforcera de favoriser l'exercice de la liberté de conscience et de culte par des mesures positives : mesures d'ordre matériel, lorsqu'il s'agira par exemple de fournir des repas *cacher* dans les cantines des collectivités - lycées, casernes, hôpitaux... ; mesures juridiques également, en vue d'**adapter le droit étatique, de le rendre compatible avec les contraintes imposées à ses membres par l'ordre juridique minoritaire**, et notamment avec les contraintes de la pratique religieuse.

C'est ainsi que la loi Jules Ferry du 28 mars 1882 créant l'école *laïque*, gratuite et obligatoire et encore en vigueur dispose que "les écoles primaire publiques vaqueront un jour par semaine en outre du dimanche, afin de permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants

---

tombée en désuétude, faute de décision plus récente sur la question. Cette absence elle-même peut s'expliquer soit par le fait qu'aucun ecclésiastique n'a plus depuis lors postulé aux fonctions de professeur de l'enseignement secondaire, soit par le fait que leurs candidatures n'ont plus été écartées.

[32] Voir en ce sens Geneviève Koubi : "La coexistence de normes juridiques et de normes religieuses dans une même société incite l'activité juridique à présenter les voies d'une conciliation entre ces deux systèmes, ou à éviter les domaines de confrontation directe" ("Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et système religieux ?" *J.C.P.* 1987.I. 3292).

l'instruction religieuse en dehors des édifices scolaires"[33]. Il y a bien là une prise en considération de l'ordre juridique catholique et de ses contraintes : l'obligation pour les enfants de suivre le catéchisme, et un aménagement corrélatif du droit étatique sous la forme d'une limitation de l'obligation scolaire. Mais cette prise en considération ne va pas jusqu'à permettre que le catéchisme soit enseigné dans les locaux scolaires, ni a fortiori qu'il soit intégré dans les heures de cours comme c'est le cas en Alsace-Lorraine, mais précisément parce que le régime concordataire y est encore en vigueur et que les principaux cultes jouissent d'une reconnaissance officielle : situation typique d'institutionnalisation.

La réglementation des aumôneries offre une bonne illustration de l'impossibilité de pratiquer une tolérance active, et de donner à la liberté de conscience et du culte la possibilité effective de s'exercer, sans transiger avec le principe de séparation. La loi du 9 décembre 1905 admettait déjà que soient inscrites au budget "les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre service des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons". Cette liste n'est pas limitative, et il existe aujourd'hui également des aumôneries militaires. En ce qui concerne les établissements d'enseignement, la loi du 31 décembre 1959, destinée à régir les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privé, dispose néanmoins dans son article 1er que "l'Etat prend toutes dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse" ; un décret d'application du 22 avril 1960 prévoit en conséquence l'institution d'aumôneries dans les établissements publics d'enseignement lorsque les parents en font la demande.

Le Conseil d'Etat, pour sa part, a non seulement admis qu'il n'était pas contraire au principe de laïcité qu'un ministre du culte desserve des établissements dont les pensionnaires ne peuvent sortir et n'ont donc pas la faculté de pratiquer leur religion au dehors, mais a considéré comme illégale, car portant atteinte au principe du libre exercice des cultes, l'interdiction générale et absolue de célébrer des cérémonies religieuses à l'intérieur de ces établissements[34].

Le principe de tolérance, inclus dans le principe de laïcité, impose parfois, on le voit, non pas d'ignorer, mais tout au contraire de tenir compte des contraintes résultant de l'exercice des différents cultes. Telle est la règle que le Conseil d'Etat entend faire prévaloir lorsque, dans un arrêt déjà ancien, il annule un règlement municipal régissant l'abattage des animaux de boucherie, dont les dispositions aboutissaient en pratique à interdire l'abattage rituel et portaient ainsi indirectement atteinte au libre exercice du culte israélite[35]. Le juge censure ici une mesure uniquement **parce qu'elle ignore** les contraintes spécifiques du culte israélite. La réglementation actuellement en vi-

---

[33] On sait que l'Eglise catholique s'appuie aujourd'hui sur cette disposition - de façon d'ailleurs peu convaincante puisque la loi ne précise pas quel doit être le jour destiné à l'instruction religieuse et que ce jour pourrait fort bien être le samedi - pour contester la légalité du transfert des heures de classe du samedi au mercredi matin dans les écoles primaires. Le tribunal administratif de Poitiers, dans un jugement du 25 mai 1988, a annulé une décision prise en ce sens par l'inspecteur d'Académie pour la ville d'Angoulême, mais sur le fondement d'un vice de procédure. Voir *Le Monde* des 29-30 mai 1988, et C. Durand-Prinborgne, "L'école, le temps des loisirs et le temps de Dieu", dans la *Rev. fr. de droit adm.* n°4/1988, p. 676.

[34] C.E. 6 juin 1947, *Union catholique des hommes du diocèse de Versailles*, *Rec. Lebon*, p. 250.
De la même façon, saisi de la décision de faire inclure dans le programme de construction d'une cité scolaire l'édification d'un pavillon destiné à a célébration des cultes, le Conseil d'Etat a estimé que ni la décision elle-même, ni le fait que les charges consécutives devaient incomber à l'Etat n'étaient critiquables, eu égard notamment à la présence d'un internat dans le lycée, le principe de neutralité et de laïcité devant se combiner avec l'obligation faite à l'Etat d'assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et l'instruction religieuse (C.E. 7 mars 1969, *Ville de Lille*, *Rev. dr. public*, 1969 p. 1170).

[35] C.E. 27 mars 1936, *Assoc. israélite de Valenciennes*, *Rec. Lebon* p. 383.

gueur au niveau national, elle, est en revanche conforme aux principes posés par le Conseil d'Etat, dès lors que, tout en imposant l'obligation de l'étourdissement des animaux avant la mise à mort, elle prévoit une série d'exceptions au rang desquelles figure l'abattage rituel[36]. L'inscription explicite d'une telle dérogation dans un texte marque toutefois un pas supplémentaire vers l'institutionnalisation des différences, caractéristique de l'évolution récente.

Lorsque une règle du droit positif est susceptible d'entrer en conflit avec les prescriptions de l'ordre juridique minoritaire au point de menacer la liberté de conscience, il appartient donc aux autorités d'aménager cette règle : l'ordre juridique étatique accepte en somme de restreindre le champ d'application ou le caractère impératif de ses propres prescriptions, cette autolimitation permettant aux normes minoritaires de prendre place dans l'espace ainsi libéré.

B. La reconnaissance des différences : la réception du droit minoritaire dans l'ordre juridique étatique

Dans les hypothèses examinées jusqu'à présent, les contraintes de la coexistence avec l'ordre juridique minoritaire se traduisent par des ajustements ponctuels à la marge : dérogation limitée à telle règle impérative du droit étatique, assouplissement de telle autre, aménagements matériels ou juridiques destinés à faciliter le respect par les membres d'un groupe des normes émanant de ce groupe, etc... On accepte les différences, on tolère les pratiques minoritaires, on s'efforce même, le cas échéant, de supprimer les obstacles qu'elles peuvent rencontrer.

Lorsqu'on passe de la tolérance, même active, à la reconnaissance, même officieuse, on franchit un pas supplémentaire : le droit étatique ne s'accommode plus simplement de l'existence de telle ou telle règle isolée du droit minoritaire ; **il reconnaît l'existence de l'ordre juridique minoritaire en tant que tel**. La "relevance" de l'ordre juridique minoritaire pour l'ordre juridique étatique, plus nettement affirmée que dans l'hypothèse précédente, revêt également des formes différentes, soit que le droit étatique accorde sa sanction à certaines normes du droit minoritaire, soit même qu'il renvoie explicitement à celui-ci pour déterminer son propre contenu.

La sanction accordée au droit minoritaire

Aussi longtemps qu'une institution n'est pas reconnue par l'Etat, ce qui se passe à l'intérieur lui est juridiquement indifférent, note Santi Romano. Dans l'espace laissé vacant par le droit étatique, d'autres règles peuvent prendre place, mais leur violation n'entrainera que des sanctions purement internes au groupe, qu'il ne sera pas possible de contester devant les tribunaux. Pour que puissent être réclamés la sanction et l'arbitrage de l'Etat, il faut que l'ordre juridique ait reçu, directement ou indirectement, une reconnaissance étatique ; mais inversement, le fait que les autorités étatiques acceptent de conférer des effets juridiques à une norme d'origine institutionnelle, et de sanctionner le cas échéant sa violation, atteste qu'il existe bien une forme de réception et donc de reconnaissance du droit minoritaire par le droit étatique[37].

---

[36] Il s'agit d'un décret du 1er octobre 1980, pris en vertu de l'article 276 du Code rural qui interdit d'exercer des mauvais traitements envers les animaux, et contient notamment des dispositions relatives à l'abattage des animaux destinés à la consommation. L'abattage rituel est toutefois subordonné à certaines conditions et s'accompagne d'un contrôle de l'autorité publique, dont les modalités sont examinées plus loin.

[37] Santi Romano prend l'exemple de l'exclusion d'un groupement : il n'y a de recours possible devant les tribunaux que si ce groupement est reconnu par l'Etat et régi par son droit. Ainsi, l'exclusion d'une école religieuse pourra donner lieu à

Un premier exemple montre bien comment **une norme purement institutionnelle peut produire des effets juridiques dans l'ordre étatique**. Le problème s'était posé de savoir si, en vendant sous la dénomination de viande *cacher* de la viande provenant d'animaux qui n'avaient pas été abattus rituellement, un commerçant commettait le délit de tromperie sur la marchandise[38]. Le fait que les juridictions du fond se soient divisées sur la réponse à y apporter montre que la question juridique soulevée était délicate. La Cour de cassation l'a tranchée par l'affirmative, en admettant que la qualité *cacher* d'une viande pouvait constituer pour certains acheteurs, en raison de leurs convictions, une qualité substantielle de la marchandise visée[39]. Elle a donc fait prévaloir une conception à la fois subjective et relative de cette notion, estimant qu'elle devait s'apprécier dans le cas de l'espèce en tenant compte des préceptes de la religion juive. Se trouve ainsi sanctionnée pénalement non pas, certes, la violation de règles de nature confessionnelle, mais une conduite qu'on ne peut qualifier de tromperie que par référence à ces règles.

Un rapport en apparence assez similaire s'établit entre le droit minoritaire et le droit étatique lorsque un tribunal refuse de qualifier d'abusif le licenciement, par un établissement catholique, d'une enseignante qui s'était remariée après avoir divorcé[40]. La solution est toutefois plus audacieuse encore, puisqu' elle contredit directement un principe juridique bien établi, selon lequel un employeur ne doit tenir compte ni des convictions religieuses, ni de la vie privée de ses salariés sur laquelle il n'a aucun droit de regard. Mais selon la Cour de cassation, dès lors que les convictions religieuses de l'enseignante avaient été prises en considération lors de la conclusion du contrat de travail, l'établissement, attaché au principe de l'indissolubilité du mariage, avait pu à bon droit estimer que son divorce et son remariage justifiaient son licenciement afin de conserver à l'établissement son "caractère propre" et sa réputation[41]. Ici, par conséquent, l'ordre juridique étatique ne se borne pas, comme dans l'hypothèse précédente, à reconnaître des effets juridiques - indirects de surcroît - à une norme institutionnelle qui aurait dû normalement lui être indifférente : il lui reconnaît **des effets juridiques qui l'amènent à prévaloir sur la norme étatique contraire**.

La Cour de cassation a récemment généralisé cette solution en reconnaissant la licéité d'un licenciement qu'elle aurait dû normalement déclarer illégal par application de l'article L. 122-45 du Code du travail, issu de la loi du 4 août 1982, qui interdit de licencier un salarié en raison de ses opinions politiques ou de ses convictions religieuses. Statuant sur le licenciement d'un pasteur de l'Eglise réformée par la faculté de théologie protestante qui l'employait, elle a énoncé le principe selon lequel cet article ne trouvait pas à s'appliquer "lorsque le salarié, engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les

---

une action en justice car elle s'analyse dans la rupture d'une relation salariale, mais non l'exclusion d'un couvent ou d'un parti politique (op.cit. p. 158-159).

38 La loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services punit de peines de prison et d'amende quiconque aura trompé ou tenté de tromper le contractant sur la nature, l'espèce, l'origine, *les qualités substantielles*, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises.

39 Crim. 4 mai 1971, *Habib*, *J.C.P.* 1971.II.16814.

40 Cass. 19 mai 1978, *Dame Roy c/ Assoc. pour l'éduc. populaire Sainte Marthe*, *Dalloz* 1978 p. 541, concl. R.Schmelck, note Ph. Ardant.

41 On peut rappeler que dans sa décision du 23 novembre 1977 sur la liberté de l'enseignement, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de l'obligation faite - par la loi cette fois - aux maîtres des établissements d'enseignement privé de respecter le caractère propre de l'établissement. Il a estimé en effet (de façon un peu rapide et optimiste peut-être) que la sauvegarde de ce caractère propre était le corollaire de la liberté de l'enseignement, et que l'obligation imposée aux maîtres devait s'analyser comme un simple devoir de réserve, ne portant pas atteinte à la liberté de conscience. (Voir par exemple *Act. jur. droit adm.*, 1978 p. 565, note Rivero).

obligations résultant de ses engagements"[42]. L'attitude de la Cour de cassation, qui accepte que soit mise entre parenthèses une règle impérative énoncée par le Code du travail (et de surcroît sanctionnée par le Code pénal, puisque celui-ci punit le licenciement fondé sur l'appartenance religieuse d'une personne), revient à reconnaître la **primauté de fait du droit institutionnel sur le droit étatique.**

La question de savoir quelle reconnaissance doit être accordée à la norme institutionnelle, et quels effets il convient de lui faire produire, oblige parfois le juge à se livrer à des appréciations complexes et à prendre en compte, au-delà de la norme litigieuse, l'ensemble du contexte juridique (c'est à dire institutionnel) dans lequel elle s'insère.

Le contrôle que les juges étatiques sont amenés à exercer sur les décisions des tribunaux religieux offre un bon exemple de la façon dont le principe d'indifférence peut se concilier en pratique avec la **reconnaissance de fait d'un certain pluralisme juridique**. L'existence de juridictions religieuses (tribunaux rabbiniques, synodes, officialités...) fonctionnant sur le territoire français, dans la mesure où elle porte atteinte au monopole étatique de la justice, ne devrait logiquement être tolérée qu'au prix d'une dénégation totale des effets juridiques des décisions qu'elles rendent. Or l'examen de la jurisprudence montre que la réalité est plus nuancée. Ainsi, dans une affaire où il était saisi d'une demande de dommages et intérêts par une société spécialisée dans l'abattage de volailles selon le rite israélite, qui s'était vu retirer l'autorisation d'abattage *cacher* par le tribunal rabbinique, le tribunal civil ne s'est pas déclaré incompétent pour statuer sur cette demande, mais uniquement pour apprécier la bonne ou mauvaise application de la règle religieuse[43]. Si, dit le juge, le tribunal rabbinique n'a fait qu'exercer une fonction cultuelle selon les règles de la religion juive qu'il n'appartient pas à la juridiction civile d'apprécier, et si celle-ci doit refuser par voie de conséquence de se prononcer sur la réalité du détournement de pouvoir invoqué, il prend néanmoins soin de relever que l'autorisation n'était pas donnée pour une durée déterminée, qu'elle pouvait donc faire l'objet d'un retrait qui, purement discrétionnaire, n'avait pas à être motivé, et réserve par ailleurs le cas où le retrait aurait été prononcé avec l'intention de nuire. Les décisions du tribunal rabbinique ne sont donc ni dépourvues de tout effet juridique, ni soustraites à tout contrôle, puisqu'il appartient aux juridictions étatiques de constater et de sanctionner le cas échéant un éventuel abus de droit[44].

Lorsque le juge est sollicité de trancher des litiges survenant à l'intérieur de l'institution, il est conduit préalablement, en vue de décider de l'applicabilité du droit étatique et de l'étendue de sa propre compétence, à qualifier, à la lumière du contexte institutionnel dans lequel ils interviennent, les rapports qui lient les parties en présence. C'est ainsi qu'il existe une jurisprudence relativement abondante sur le **statut juridique des ministres du culte** dans les différentes confessions. Concernant le culte catholique, la Cour de cassation a jugé dès 1912 que les officiants n'étaient pas liés à l'évêque diocésain par un contrat de louage de services, et que l'allocation qu'ils recevaient n'était pas un salaire. Le rapport de subordination qui lie les prêtres catholiques à l'autorité religieuse résulte de la soumission aux règles disciplinaires de la communauté spirituelle à laquelle ils appartiennent et ne saurait s'analyser en une relation de travail régie par le code du travail. Le ministère ecclésiastique, en tant qu'il se limite à une activité exclusivement religieuse, n'est pas assimilable à un emploi au sein d'une entreprise.Il en résulte en particulier que même si les dispositions du Code

---

[42] Cass. 20 novembre 1986, *Union des associations cultuelles de l'Eglise réformée de France c/ Dlle Fisher*, *Droit social* 1987, p. 375, avec un commentaire de J. Savatier.

[43] Trib. gr. inst. Paris 29 octobre 1976, *SO.VE.VO.CA c/ Association consistoriale israélite de Paris*, *J.C.P.* 1977.II.664, note J.Carbonnier.

[44] On retrouve bien ici l'idée de Santi Romano, qui rappelle que si l'Etat ignore ce qui se passe à l'intérieur d'un ordre juridique qui lui est indifférent, cette ignorance trouve sa limite dans la notion d'abus (voir *supra* note 29).

de droit canonique prévoient d'accorder aux clercs une rémunération leur permettant de subvenir à leurs besoins, ils n'ont pas d'action en justice devant le conseil de prud'hommes pour réclamer le SMIC, non plus que pour contester de façon générale les conditions dans lesquelles il serait mis fin à leurs fonctions.

La Cour de cassation, dans un arrêt récent, a appliqué le même raisonnement aux pasteurs protestants, estimant que l'activité strictement pastorale excluait la notion de contrat de travail entre le pasteur et son association cultuelle[45]. Elle a admis, en revanche, qu'un pasteur était lié à la faculté de théologie protestante où il enseignait par un contrat de travail, et qu'il pouvait donc contester en justice son licenciement, dans la mesure où ses fonctions n'étaient pas ici intimement liées à l'activité de son ministère, comme l'atteste le fait qu'elles auraient pu être confiées à un laïc[46]. Il est vrai que dans le même instant où elle accepte le principe d'un contrôle la Cour de cassation en restreint la portée, en reconnaissant la faculté de licencier un salarié dont l'attitude remet en cause la communion de pensée et de foi avec son employeur (ce qui revient, comme on l'a montré plus haut, à admettre la licéité d'un licenciement pour motifs idéologiques). On voit, par conséquent, comment les tribunaux, sans faire une application directe du droit interne à l'institution, tiennent compte néanmoins des données de ce droit. Il est significatif que, dans la première des affaires rapportées ci-dessus, la Cour d'appel, pour déclarer la juridiction prud'homale incompétente, se soit référée à la définition que l'Eglise réformée donne de l'emploi de pasteur, en affirmant que "la préparation du règne de Dieu sur la terre" ne constituait pas, en raison de sa finalité spirituelle, une activité relevant du Code du travail[47].

Le même examen minutieux des fonctions d'un rabbin et des modalités de sa désignation au sein de la communauté juive a conduit le juge, dans une affaire récente, à lui reconnaître la qualité de salarié, et donc le droit de percevoir les allocations-chômage en cas de licenciement[48]. Dès lors, dit l'arrêt, que les rabbins ne sont pas soumis à une hiérarchie et ne jouissent d'aucune qualité sacerdotale exclusive, leurs fonctions pouvant être exercées par n'importe quel membre de la communauté juive possédant une érudition suffisante, ils ne sont pas, vis-à-vis de la communauté qui les embauche et à laquelle ils sont juridiquement subordonnés, dans la situation de ministre du culte, mais dans la situation de salarié. L'intérêt essentiel de cet arrêt réside dans le fait que le juge n'hésite pas à prendre explicitement en considération la tradition mosaïque et la spécificité de la religion juive pour fonder en droit sa décision.

L'exercice auquel doit se livrer le juge n'est pas moins délicat lorsqu'il est appelé à trancher les litiges qui peuvent s'élever pour la disposition des édifices du culte. Les tribunaux de l'ordre administratif se sont vu en effet reconnaître compétence par la loi de séparation elle-même pour régler les différends entre associations cultuelles, et il leur revient donc de rechercher, en cas de conflit,

---

45 Le Conseil d'Etat avait pourtant implicitement admis la solution inverse, estimant que les pasteurs protestants étaient vis-à-vis de l'association cultuelle qui leur confère un ministère dans la situation d'un employé vis-à-vis d'un employeur, et que leurs rémunérations devaient être considérées, au regard de l'impôt sur le revenu, comme des salaires et non comme des bénéfices non commerciaux. Cette discordance montre à quel point la qualification de tâches institutionnelles non explicitement reconnues par lEtat, mais appelées néanmoins à produire des effets dans l'ordre juridique étatique, est délicate.

46 Cass. soc. 20 novembre 1986, *Caldier c/ Union des assoc. cultuelles de l'Eglise réformée de France*, et *Union nationale des assoc. cultuelles de l'Eglise réformée de France c/ Dlle Fisher*, *Droit social* 1987 p. 379. Voir aussi J. Savatier, "La situation, au regard du droit du travail, des pasteurs de l'Eglise réformée", *ibid*. p. 375, et G. Dole, "La qualification juridique de l'activité religieuse", *ibid*. p. 381.

47 Douai, 30 mai 1984, *J.C.P.* 1986.II.20628, note T. Revet.

48 Paris, 7 mai 1986, *Lagemi c/ ASSEDIC de Paris*, *J.C.P.* 1986.II.20671, note T. Revet. Voir aussi le commentaire de Geneviève Koubi, "Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ?", précité.

celle qui est restée fidèle aux principes fondamentaux de son Eglise[49]. La juridiction judiciaire, de son côté, s'est reconnue compétente pour trancher les litiges survenant entre ministres d'une même confession, voire entre un prêtre et des fidèles, à propos de la disposition des églises, et cela au moment même où les conflits de ce type ont tendance à se multiplier sous l'effet de la pression intégriste[50].

L'existence, devant les tribunaux étatiques, d'un contentieux relatif au fonctionnement des groupes minoritaires, ainsi que la façon dont ces tribunaux tranchent les litiges qui leur sont soumis, montrent qu'en dépit de la non-reconnaissance officielle de ces groupes par l'Etat, on ne peut empêcher que des rapports se nouent entre l'ordre juridique étatique et les ordres juridiques minoritaires. En obtenant de l'Etat qu'il arbitre leurs conflits internes, les groupes obtiennent, au moins implicitement, une certaine forme de reconnaissance ; mais en le sollicitant d'appliquer et de sanctionner les normes institutionnelles, ils acceptent simultanément une certaine forme d'ingérence de l'Etat dans leur ordre propre : ainsi se renforce, par une sorte de processus dialectique, l'intégration des ordres juridiques.

Le renvoi à l'ordre juridique minoritaire

En accordant sa sanction à la norme institutionnelle dont il renforce ainsi l'efficacité, le droit étatique répond à une demande, d'ordre pragmatique et symbolique à la fois, émanant du groupe minoritaire. Mais il arrive qu'à l'inverse ce soit l'ordre juridique étatique lui-même qui ménage une certaine place à l'ordre juridique minoritaire et renvoie à ses dispositions : certaines décisions relevant de la sphère étatique apparaissent en réalité comme de véritables co-décisions, dont le contenu résulte de la prise en compte simultanée du droit étatique et du droit minoritaire.

Dans la plupart des hypothèses, la **collaboration entre les deux ordres juridiques** est rendue nécessaire par le fait que les activités visées se situent elles-mêmes à l'intersection de la sphère institutionnelle et de la société globale. Et c'est encore une fois dans les rapports entre l'Etat et les institutions religieuses que l'on trouve la meilleure illustration d'une telle collaboration qui, si elle se justifie sur un plan pragmatique, n'en remet pas moins en cause le principe d'indifférence que semblait impliquer la loi de séparation.

Un premier exemple de renvoi explicite à l'ordre juridique minoritaire est offert par la réglementation de l'**abattage rituel**. Comme on l'a rappelé plus haut, l'abattage rituel est autorisé par exception à la règle de l'étourdissement préalable des animaux avant la mise à mort, mais il est subordonné à des conditions strictes et à un contrôle étroit des autorités étatiques, responsables de la salubrité publique. Ainsi ne peut-on procéder à un abattage rituel en dehors d'un abattoir, et les ins-

---

[49] Voir l'arrêt de principe C.E. 9 décembre 1910, *Association cultuelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande*, *Rec. Lebon* p. 907, concl; Chardenet, et C.E. 25 juin 1943, *Eglise réformée évangélique de Marseille*, *Rec. Lebon* p. 166, concl. Odent.

[50] Voir Cass. civ. 17 octobre 1978, *Abbé Coache et autres c/ Abbé Bellego*. Plus récemment encore, la Cour d'appel de Versailles a eu à connaître d'un litige né de l'occupation d'une église paroissiale par des fidèles attachés au rite ancien, qui entendaient ainsi s'opposer au changement de rite que le prêtre nouvellement désigné par l'évêque allait introduire dans la liturgie. La Cour a déclaré recevable l'intervention en défense du prêtre affectataire, empêché d'exercer son ministère, dans l'action tendant à obtenir l'annulation en appel de l'ordonnance d'expulsion accordée par le président du tribunal de grande instance : Versailles, 11 janvier 1988, *Association cultuelle de Saint-Louis de Port-Marly c/ Commune de Port-Marly , M. l'abbé Pierre Caro.* (Voir *Jurisclasseur administratif*, Fasc. 215, mise à jour datée 5, 1988, n° 70 et 78). Dans sa décision, toutefois, la Cour d'appel ne tranche pas le litige au fond, mais se borne à désigner une personnalité qualifiée en vue de rechercher les bases d'un accord entre les fidèles et le nouveau curé affectataire qui soit "de nature à satisfaire les parties en présence et à mettre fin au conflit".

tallations, appareils et instruments utilisés pour l'immobilisation avant l'abattage rituel doivent, au même titre que ceux qui servent à l'étourdissement, être agréés par le ministre de l'Agriculture[51]. Parallèlement, d'autres textes précisent que les sacrificateurs rituels doivent être *habilités par des organismes religieux agréés* par le ministre de l'Agriculture sur proposition du ministre de l'Intérieur[52]. On aboutit ici à une véritable **imbrication des ordres juridiques**, le droit étatique renvoyant à une habilitation donnée en vertu des normes valables dans l'ordre juridique minoritaire, mais par une autorité préalablement agréée dans les formes prévues par l'ordre juridique étatique...

Le terme "agrément" incite d'ailleurs à penser qu'on est ici bien près d'une véritable reconnaissance, en dépit du principe de séparation, et au seuil d'un processus d'institutionnalisation. C'est ce dont témoignent *a contrario* les difficultés juridiques spécifiques que recontre le culte musulman dans ce domaine : car en l'absence, précisément, d'organismes représentatifs de la communauté islamique reconnus par l'Etat, comme il en existe pour les trois autres grandes confessions, la question de savoir qui doit habiliter les sacrificateurs rituels reste pour l'instant sans réponse.

La **situation des aumôniers** fait apparaître une forme de collaboration assez analogue entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique minoritaire. Cette collaboration, dont les modalités peuvent parfois paraître surprenantes, est en réalité une conséquence directe et inéluctable du statut hybride des aumôniers, à la fois agents publics et représentants de leur église - on pourrait même dire : agents publics *en tant que* ou *parce que* représentants de leur église. Cette double qualité se reflète dans leur mode de recrutement, qui fait intervenir simultanément les deux autorités religieuse et administrative : ainsi, l'administration ne peut nommer un aumônier qu'après avoir consulté les autorités religieuses compétentes[53], et elle doit mettre fin à ses fonctions lorsque les autorités religieuses dont il relève lui retirent son habilitation[54]. Le renvoi de l'ordre étatique à l'ordre institutionnel va ici très loin, on le voit, puisque **les autorités étatiques en sont réduites à aligner leur position sur celle des autorités religieuses[55].** Paradoxale, voire choquante à première vue au regard du

---

51 Art. 10 et 11 du décret du 1er octobre 1980, précité.

52 Il s'agit d'un décret du 16 avril 1964, complété par un décret du 23 septembre 1970. Le Conseil d'Etat a rejeté un recours formé contre ce décret, auquel il était fait grief de porter atteinte à la liberté des cultes et de permettre l'immixtion de l'Etat dans le fonctionnement des organisations religieuses, en estimant que l'administration avait au contraire, en posant ces règles, pris les mesures nécessaires à l'exercice de la liberté du culte dans le respect de l'ordre public (C.E. 2 mai 1973, *Assoc. cultuelle des Israélites nord-africains de Paris*, *Rec. Lebon* p. 313).

53 Aux termes d'une circulaire du 19 janvier 1976, les aumôniers des hôpitaux sont recrutés "sur proposition des autorités religieuses dont ils relèvent", et celles-ci doivent être consultées avant une éventuelle résiliation. Les aumôniers des prisons sont nommés par le Garde des Sceaux "sur proposition du directeur régional qui consulte à cet effet l'autorité religieuse compétente" (art. D 433 du code de procédure pénale). Les aumôniers des établissements d'enseignement sont proposés à l'agrément du recteur par les autorités des différents cultes. Les aumôniers militaires eux-mêmes, bien qu'ils soient assimilés aux officiers et relèvent du statut général des militaires, ne peuvent entrer en fonction qu'après avoir produit un "certificat de pouvoir religieux" délivré par les autorités religieuses de leur confession et qui atteste à la fois leur "compétence" et leur "communion" avec la confession qu'ils sont appelés à représenter (arrêté du 8 juin 1964 pris en vertu du décret du 1er juin 1964 relatif au statut des aumôniers militaires).

54 C'est ce qui ressort d'un arrêt du Conseil d'Etat du 17 octobre 1980, *Sieur Pont*, éclairé par les conclusions du commissaire du gouvernement Labetoulle (reproduites dans *Act. jur. droit adm.* 1981 p. 256) auxquelles notre analyse emprunte beaucoup. Dans cette espèce, le Conseil régional de l'Eglise réformée de France avait décidé de retirer son agrément à un pasteur pour le poste qu'il occupait auprès des hôpitaux de Montpellier. L'administration en avait tiré les conséquences en retirant son poste à l'intéressé : "L'administration doit, en matière d'aumônerie, aligner sa position sur les décisions des autorités religieuses", avait indiqué le ministre au directeur de l'hôpital. C'est cette position que le Conseil d'Etat, suivant son commissaire du gouvernement, consacre.

55 Et cela, de surcroît, sans vérifier la validité de la décision de l'autorité religieuse au regard de l'ordre juridique institutionnel, car une telle vérification obligerait les autorités étatiques à s'immiscer dans le fonctionnement des églises (arrêt *Sieur Pont*, précité).

principe de séparation comme au regard du principe de la primauté du droit étatique, la solution est pourtant dictée par le bon sens : comment un aumônier pourrait-il le rester, et donc prétendre représenter un culte, si ce culte a cessé de le tenir pour son représentant ? L'administration est bien obligée de constater et de tirer les conséquences juridiques la situation de fait créée par la décision de l'église.

On retrouve une situation similaire, et donc le même paradoxe, à propos de **l'affectation des églises**. Un paradoxe que Briand avait déjà parfaitement aperçu et mis en lumière lorsque, au cours des débats précédant le vote de la loi de 1905, et à propos de l'affectation des églises précisément, il s'était écrié : "Nous sommes en présence de l'Eglise catholique, avec la constitution qu'elle s'est donnée *et que vous ne pouvez pas ignorer*. Il y a des curés dans l'Eglise catholique, il y a aussi des évêques, il y a même un pape. Que voulez-vous ? Ce sont des mots qui peuvent écorcher les lèvres de certains d'entre vous, mais *qui correspondent à des réalités"*. Et à ceux qui souhaitaient que les tribunaux civils puissent passer outre aux décisions de la hiérarchie religieuse au nom de la liberté des prêtres, il rétorquait : "Quand demain, par la reprise de sa liberté, il (ce prêtre) sera sorti de l'Eglise catholique, vos tribunaux auront beau dire qu'il reste quand même un curé, ce ne sera plus un curé de l'Eglise catholique, apostolique ou romaine. Voilà le fait"[56].

En matière d'affectation des églises, en effet, la règle que doivent appliquer les autorités compétentes, et qu'appliquent les tribunaux en cas de conflit, est que l'attribution d'un édifice religieux consacré au culte doit se conformer aux règles générales d'organisation de ce culte, qui comprennent la soumission à la hiérarchie ecclésiastique. Ceci résulte d'une jurisprudence ancienne et constante tant des tribunaux judiciaires que de la juridiction administrative, et qui trouve son fondement dans l'article 4 de la loi de 1905, selon lequel les biens des églises devaient être transférés aux associations légalement formées et se conformant aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice[57]. Cette jurisprudence a été réaffirmée dans des affaires récentes, qu'il s'agisse de l'occupation de l'église Saint-Nicolas du Chardonnet par les intégristes[58], ou de conflits locaux moins connus[59]. Dans tous les cas, elle aboutit à entériner purement et sim-

---

[56] Chambre des députés, séance du 22 avril 1905 *Journal Officiel*, p. 1677. Cité par D. Labetoulle dans ses conclusions précitées.

[57] Selon la Cour de cassation, lorsque deux prêtres se disputent l'attribution d'une église, celle-ci doit être "exclusivement réservée" à celui qui "se soumet aux règles d'organisation générale du culte dont il se propose d'assurer l'exercice, notamment à celle de la hiérarchie ecclésiastique, et qui demeure en communion avec son évêque (Cass. 6 février 1912, *S.* 1913.I.237, note Mestre).

La jurisprudence administrative va dans le même sens : ainsi le Conseil d'Etat annule-t-il la décision attribuant la jouissance d'une église communale à un prêtre interdit par son évêque et la refusant au prêtre désigné par ce même évêque. Car "la conformité aux règles d'organisation générale du culte est la condition primordiale pour qu'une attribution puisse être faite à une association ... ; un prêtre qui ne se soumet pas à son évêque n'est pas un ministre du culte catholique" (concl. Chardenet sur C.E. 28 juillet 1911, *Rougegré*, *Rec. Lebon*, p. 909).

[58] La Cour d'appel de Paris a estimé qu'en dépit de la fidélité des catholiques occupant l'église au rite romain reconnu par le législateur de 1905 comme caractéristique de la religion catholique, ce lieu de culte devait rester l'usage exclusif des desservants désignés par l'archevêque, pratiquant le rite nouveau approuvé par la hiérarchie ecclésiastique (Cour d'appel de Paris, 13 juillet 1977, et Cass. civ. 17 octobre 1977, *Abbé Coache et autres c/ Abbé Bellego et autres,* précités).

[59] Ainsi, le tribunal administratif de Nantes a jugé qu'un conseil municipal avait à bon droit refusé à une association traditionnaliste l'usage d'une église pour y célébrer la messe selon le rite ancien, dès lors que l'évêque d'Angers avait fait savoir qu'il n'était pas favorable aux revendications d'une association dont les orientations étaient "en opposition avec les décisions du pape Paul VI, de l'épiscopat français et de la pastorale diocésaine". (T.A. Nantes, 2 juin 1977, *Association Saint Pie V de l'Ouest*, *Act. jur. droit adm*. 1977 p. 632, note F. Moderne). La même solution a prévalu devant le tribunal administratif d'Amiens : ici, le juge a à l'inverse annulé, sur recours de l'évêque de Soissons, la décision d'un maire de confier le gardiennage et l'entretien de l'église paroissiale à une association qui n'observait pas le principe de soumis-

plement la règle institutionnelle : sans doute est-ce formellement l'autorité civile (juge, maire, etc...) qui décide de l'attribution de l'église ; mais le fond de la décision est bel et bien dicté par les règles en vigueur dans la sphère institutionnelle.

Le renvoi du droit étatique au droit minoritaire crée une situation assez proche de celle qui prévaut en droit international privé dans la matière des **conflits de lois**. Dans les deux cas il y a pluralité d'ordres juridiques, dans les deux cas l'ordre juridique dominant est conduit à ménager une place à une règle émanant d'un autre ordre juridique, en vue de résoudre une question de droit ou de trancher un litige surgissant à l'intersection des deux ordres juridiques. Santi Romano fait d'ailleurs lui-même ce parallèle lorsque, pour illustrer l'hypothèse dans laquelle un ordre juridique détermine son propre contenu en tenant compte d'un autre ordre subordonné ou indépendant, il cite d'une part le renvoi par l'Etat au droit canonique (lorsque l'Etat accorde des effets civils au mariage religieux par exemple), d'autre part les conflits de lois en droit international privé[60].

On sait, en effet, que lorsqu'un litige présente des éléments d'extranéité, tenant par exemple à la nationalité des parties, deux ou plusieurs règles, appartenant à des ordres juridiques différents, peuvent se trouver virtuellement en concurrence. Le juge saisi appliquera en principe sa loi propre, la "loi du for", qui a normalement vocation exclusive à produire des effets juridiques sur le territoire de l'Etat, et non la loi étrangère, qu'il doit logiquement ignorer. A moins qu'une règle de droit international privé, c'est-à-dire une règle émanant de l'ordre juridique territorialement compétent, dite règle de conflit, n'ordonne au juge, dans une catégorie donnée de litiges, de **se référer à une autre loi que la loi du for**[61]. L'Etat accepte alors de limiter le champ d'application de son ordre juridique propre et permet que prenne place, dans l'espace ainsi libéré, un autre ordre juridique qu'il désigne comme compétent.

Cette référence aux conflits de lois en droit international privé n'a pas qu'un intérêt théorique, tenant à la parenté des techniques juridiques utilisées ; elle a aussi un intérêt pratique en raison de l'incidence directe que l'application des règles de conflit peut avoir sur le sort de **cette minorité un peu particulière que constitue la population étrangère résidant en France** : tout ce qui touche à l'état et à la capacité des personnes étant régi par la loi nationale, les étrangers en France dépendent pour partie d'un autre ordre juridique que l'ordre juridique français ; et comme nombre d'entre eux sont originaires de pays où c'est le droit musulman qui régit le statut des personnes, il en résulte que certaines dispositions de la loi islamique trouvent à s'appliquer sur le territoire français.

C. L'institutionnalisation des différences : l'inscription du pluralisme dans le droit étatique

---

sion à la hiérarchie catholique (T.A. Amiens, 16 septembre 1986, *M. Labille c/ Commune de Villeneuve Saint-Germain*, *Rev. fr. de droit adm*. 1987, p. 758, concl. A. Leducq).

60 *Op. cit.* p. 123 et s.

61 Ainsi, on a déduit de l'article 3 du Code civil, qui dispose que "les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française" et que "les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers", deux règles de conflit : l'état et la capacité des personnes - mariage, filiation... - sont régis par leur loi nationale ; à l'inverse, les biens immeubles sont régis par la loi du lieu où ils sont situés.

L'application de la loi étrangère n'est toutefois pas inconditionnelle, et le juge peut invoquer l'exception d'ordre public pour refuser d'appliquer une loi qui consacrerait une solution excessivement choquante au regard des conceptions du for. C'est ainsi qu'en cas d'union bigamique contractée en France le second mariage est considérée comme nul, alors même que la loi personnelle de l'époux admet la polygamie.

Lorsque l'ordre juridique étatique accepte de sanctionner une norme d'origine institutionnelle ou renvoie, pour régir une situation donnée, à l'ordre juridique minoritaire, il s'agit bien là d'une forme de reconnaissance d'un certain pluralisme juridique : les autorités étatiques reconnaissent implicitement, ou même explicitement, l'existence d'autres ordres juridiques. Mais l'existence de ces ordres juridiques, comme celle des groupes dont ils sont l'émanation, reste une existence de pur fait : les normes étatiques conservent leur vocation exclusive à produire des effets juridiques, et acceptent simplement, au cas par cas, de composer avec d'autres normes qu'elles font accéder temporairement au statut de droit objectif.

On peut parler d'institutionnalisation des différences, en revanche, lorsque l'existence et l'identité spécifiques de groupes subjectivement ou objectivement minoritaires reçoivent une consécration légale, la différence liée à l'appartenance au groupe étant directement prise en compte par le droit étatique. L'Etat inscrit alors le pluralisme dans son ordre propre, et cette unité plurielle peut le cas échéant déboucher sur un véritable pluralisme des ordres juridiques, lorsque l'ordre étatique admet, de façon officielle cette fois, l'existence en dehors de lui d'ordres juridiques autonomes, quoique subordonnés, exprimant l'identité propre des groupes minoritaires.

L'unité plurielle

La prise en compte des différences par le droit n'est pas en soi un indice suffisant de la reconnaissance du phénomène minoritaire. On a vu en effet plus haut comment, dans les sociétés contemporaines, l'ordre juridique intégrait de plus en plus la diversité, dès lors que le législateur ne légiférait plus pour des individus abstraits et identiques les uns aux autres, mais pour les membres de groupes concrets, différents les uns des autres. Il y a longtemps que la loi n'est plus "la même pour tous", et le principe d'égalité n'exige plus, désormais, d'appliquer les mêmes règles à tous, mais uniquement de ne pas introduire de différences de traitement "illégitimes" qui ne seraient pas fondées sur des différences de situation.

Tout le problème est donc de savoir quelles sont les différences de situation qui justifient une différence de traitement. Or le droit public français, on l'a rappelé, prisonnier du dogme de l'homogénéité et de l'unité du corps social, admet plus facilement les différences de traitement fondées sur des différences de situation contingentes ou catégorielles que celles fondées sur des différences plus substantielles, résultant de l'appartenance à un groupe qui refuse ou ne parvient pas à se fondre dans le reste de la société.

Et c'est précisément sur ce point qu'une évolution semble se dessiner. On constate en effet que la diversification des règles de droit ne s'opère plus seulement par rapport à des catégories (sexe, âge, profession...), mais également par rapport à des groupes dont les membres sont liés par une solidarité préexistante, sur une base confessionnelle ou territoriale notamment, et qui présentent donc, au moins en partie, les caractères d'une minorité. Or accepter d'inscrire ces différences dans le droit, c'est admettre que **l'appartenance au groupe crée une situation spécifique dont le droit peut légitimement tenir compte**, mais c'est aussi, au-delà, **reconnaître l'existence du groupe en tant que groupe**, sinon toujours de la minorité en tant que telle ; c'est, en tout cas, aller dans le sens d'une institutionnalisation des différences que l'on avait plutôt jusque là tendu à occulter, même si, comme on le verra, ce nouveau mode de gestion des spécificités ne va pas sans contradictions ni ambiguïtés.

La tendance à l'institutionnalisation est d'abord perceptible dans le **domaine confessionnel**, où l'on en a déjà, chemin faisant, relevé quelques exemples. Il faut rappeler, en effet, que l'institutionnalisation n'est pas un phénomène absolument nouveau, et qu'elle se situe plus en continuité

qu'en rupture par rapport à la reconnaissance officieuse : entre les deux la marge est parfois faible, et l'on passe insensiblement de l'une à l'autre.

On peut, bien sûr, mentionner le cas extrême - et ancien - du régime des cultes en Alsace--Lorraine, où la loi de séparation n'a pas été introduite : quatre cultes - catholique, calviniste, luthérien et israélite - font l'objet d'une reconnaissance officielle, qui permet notamment aux ministres de ces cultes d'être rétribués par l'Etat ; par ailleurs des cours de religion sont dispensés dans les établissements d'enseignement et intégrés dans les heures de cours obligatoires. Autre manifestation ancienne d'institutionnalisation que la loi de 1905 n'a pas remise en cause, bien que sa compatibilité avec le principe de laïcité paraisse problématique : la reconnaissance des fêtes religieuses catholiques comme fêtes légales chômées.

Mais d'autres exemples, justement parce qu'ils sont moins voyants et spectaculaires, illustrent mieux cette gestion pragmatique des différences qui consiste à introduire graduellement la **dose minimale d'institutionnalisation nécessaire pour résoudre concrètement les problèmes pratiques** nés de l'existence des groupes minoritaires. Cette idée de gradation est fondamentale : c'est parce qu'il faut respecter la liberté de conscience que l'on tolère la célébration du culte dans les établissements fermés ; c'est pour permettre la célébration du culte que l'on accepte la création d'aumôneries ; c'est pour que ces aumôneries puissent fonctionner correctement que l'Etat prend à sa charge les dépenses qui en résultent, y compris la rétribution des ministres du culte ; mais à partir de là, le fait que les aumôniers soient nommés et rémunérés par l'Etat *en tant que* représentants de leur église, comme on l'a relevé plus haut, doit à l'évidence être regardé, en dépit de toutes les affirmations selon lesquelles l'Etat ne reconnaît aucun culte, comme une forme - mineure, certes, mais incontestable - d'institutionnalisation.

Dans le même ordre d'idées, et obéissant aux mêmes préoccupations, on peut mentionner la programmation d'**émissions religieuses à la télévision**. Ce qui mérite attention, ici, ce n'est pas l'existence de ces émissions par elle-même : on pourrait concevoir qu'à l'instar des émissions pour les femmes ou pour les jeunes elles tendent tout simplement à répondre à une demande et relèvent à ce titre d'une politique des programmes ; mais c'est le fait qu'ait été **inscrite dans la loi** l'obligation pour la chaîne nationale de service public - Antenne 2 - de proposer le dimanche matin des émissions consacrées aux principaux cultes pratiqués en France, qui sont réalisées sous la responsabilité des représentants de ces cultes mais dont elle prend en charge les frais de réalisation[62].

La réglementation de l'abattage rituel offre un autre exemple de prise en compte du pluralisme par le droit étatique : on peut parler en l'occurrence d'institutionnalisation des différences non seulement parce que l'abattage rituel est prévu et organisé par la loi, mais plus encore, peut-être, en raison de la référence dans les textes qui le régissent à un **agrément**, par les autorités ministérielles, **des organismes religieux** chargés d'habiliter les sacrificateurs. On notera qu'ici encore ce sont des raisons pratiques qui motivent la reconnaissance officielle d'un groupement confessionnel, mais liées cette fois à la volonté d'exercer un minimum de contrôle sur une activité mettant en jeu la salubrité publique.

Il est en revanche moins sûr, en dépit des apparences, que l'on doive considérer l'aide de l'Etat à l'enseignement privé comme une illustration pertinente du phénomène d'institutionnalisation. Sans doute l'écrasante majorité des établissements privés subventionnés sont-ils des établissements confessionnels, et c'est effectivement en ces termes - respect du principe de laïcité contre respect de la liberté religieuse - que se déroule la controverse sur le terrain politique et idéologique.

---

[62] Art. 56 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication.

Mais sur un strict plan juridique, ce qui frappe, au contraire, c'est bien l'occultation dans les textes du caractère confessionnel des établissements concernés, qui transparaît uniquement, et de façon allusive, dans la référence au "caractère propre" de l'établissement, que la loi fait obligation aux maîtres de respecter[63].

On ne peut pas non plus véritablement parler d'institutionnalisation du fait que des personnalités appartenant aux principales confessions sont appelées à siéger au sein du Comité national d'éthique[64]. En effet, elles y siègent au titre des "personnalités appartenant aux principales familles philosophiques et spirituelles", ce qui signifie que le catholicisme, le protestantisme, le judaïsme (etc.) apparaissent ici non pas en tant que groupes organisés mais en tant que familles de pensée ; et dans la mesure où, de surcroît, ces personnalités sont choisies par le Président de la République et non désignées par l'institution à laquelle elles appartiennent, elles ne peuvent pas, en toute rigueur, être considérées comme les représentants officiels de cette institution (comme le sont par exemple, dans d'autres instances consultatives, les représentants des syndicats désignés par leur organisation)[65].

Qu'il existe bien, en dépit de ces exemples contraires et même si elle n'ose pas dire son nom, une institutionnalisation des principaux groupes confessionnels en France, rendue nécessaire par les contraintes de la cohabitation entre les églises et l'Etat, est attesté par le contre-exemple de l'**Islam**. La religion musulmane, elle, ne dispose en effet d'aucune instance représentative officielle susceptible d'opérer la médiation entre les fidèles et les pouvoirs publics, et les inconvénients d'une telle situation commencent à être fortement ressentis de part et d'autre. Il est symptomatique de voir aujourd'hui des islamisants plaider pour la constitution d'une instance représentative des musulmans de France, sur le modèle de la Fédération des Eglises protestantes ou du Consistoire israélite, qui permettrait à l'Islam de sortir d'un statut juridique flou, pour ne pas dire inexistant faute d'une reconnaissance minimale de la part des pouvoirs publics. L'institutionnalisation proposée permettrait à la fois de faciliter l'exercice du culte par les croyants[66], d'instaurer un contrôle minimum de l'Etat là où , à l'heure actuelle, le champ libre est laissé à l'action de certains pays étrangers, et finalement - le paradoxe n'est qu'apparent - de réintégrer la religion, libérée de l'emprise étatique étrangère, dans la sphère du privé[67].

Lorsqu'on quitte le terrain de la religion pour celui des **particularismes régionaux**, d'autres ambiguïtés apparaissent. Si les spécificités sont désormais mieux admises, si l'on tente dans plusieurs domaines d'adapter les règles à la diversité des situations locales, cette reconnaissance officielle du pluralisme n'est pas exempte de contradictions, que le statut des départements d'outre-mer, en particulier, met très nettement en évidence.

---

63 Voir *supra* note 41.

64 Arrêté du 29 septembre 1983 nommant les membres du Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (*J.O.* du 7 octobre 1983), lui-même créé par un décret du 23 février 1983.

65 En ce sens, voir Françoise Dreyfus, "Représentation et compétence dans les organes consultatifs de l'administration", in F.d'Arcy (dir.), *La représentation*, Economica, 1985.

66 On peut rappeler à cet égard le problème que pose, au regard de la loi, l'abattage rituel dans le cadre de la religion musulmane, puisqu'il n'existe pas d'organismes religieux agréés ayant compétence pour habiliter les sacrificateurs.

67 Tel est le sens de l'intervention de Bruno Etienne devant la commission de la nationalité présidée par Marceau Long. Voir le rapport de la commission, *Etre français aujourd'hui et demain*, La Documentation Française, 1988, T. I, p. 133. Une préoccupation analogue est exprimée par Gilles Kepel dans un article intitulé "La République et l'Islam" (*Le Monde*, 27 avril 1988), qui souligne qu'en dépit du millier de lieux de culte et des 600 associations islamiques enregistrées comme telles l'Islam n'a pas réellement droit de cité en France. L'Etat, constate-t-il, a jusqu'ici mené une politique de l'autruche, abandonnant l'Islam en France à des puissances étrangères et laissant les mairies gérer seules les projets d'édification des mosquées.

On a vu plus haut quelle traduction la politique d'unification linguistique avait trouvée dans les textes. Il s'agissait alors de proscrire l'utilisation des langues régionales, tant dans les actes officiels qu'à l'école, et de promouvoir la langue française à une époque où elle n'était encore la langue maternelle que d'une minorité de la population. Dans un contexte totalement différent, on constate que l'interdit - et le discrédit - qui pesait officiellement sur les langues régionales a été levé, et cela en réponse aux revendications des groupes minoritaires concernés. Sans qu'on puisse véritablement parler d'une reconnaissance du pluralisme linguistique, dans la mesure où les langues régionales restent cantonnées dans un statut de seconde zone, au moins leur existence est-elle explicitement reconnue et inscrite en toutes lettres dans les textes. Certains de ces textes ont une portée essentiellement symbolique : telle la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle qui, dans son article 5, confiait au service public de la radio et de la télévision la mission de défendre et illustrer la langue française et d'assurer *l'expression des langues régionales*[68], ou encore la loi du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur qui prévoit que celui-ci "veille à la promotion et à l'enrichissement de la langue française *et des langues et cultures régionales*"(art. 7).

D'autres textes ont une portée normative plus affirmée. Ainsi, la loi du 11 janvier 1951, dite loi Deixonne, a permis aux maîtres du primaire de recourir aux parlers locaux dans la mesure où ils peuvent en tirer profit pour leur enseignement, et notamment pour l'étude de la langue française, et a prévu par ailleurs que l'instituteur pouvait être autorisé, s'il en faisait la demande, à consacrer une heure par semaine à l'enseignement de la lecture et de l'écriture du parler local. Dans le secondaire, un enseignement facultatif des langues et dialectes locaux, ainsi que du folklore, de la littérature et des arts populaires locaux, peut prendre place dans le cadre des activités dirigées, dit la loi ; et depuis un décret du 10 juillet 1970, cet enseignement peut être sanctionné par une épreuve facultative de langue et culture régionales au baccalauréat[69].

Cette orientation a été confirmée par des textes ultérieurs, les uns à portée générale, comme la loi du 11 juillet 1975 sur l'éducation, qui dispose qu'"un enseignement des langues et cultures régionales peut être dispensé tout au long de la scolarité", les autres spécifiques, comme la loi du 30 juillet 1982 portant statut particulier de la région de Corse, ou la loi du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française. Le premier de ces textes prévoit la possibilité d'organiser au titre des activités éducatives complémentaires l'enseignement de la langue et de la culture corse, en précisant toutefois que "*ces activités sont facultatives pour les élèves et ne peuvent se substituer à celles prévues par les programme d'enseignement*". Le second va plus loin, puisqu'il indique que la langue tahitienne - ou une autre langue polynésienne - est "une matière enseignée *dans le cadre de l'horaire normal* des écoles maternelle et primaire"[70]. On peut également rappeler que l'allemand est enseigné dans les classes terminales de l'enseignement élémentaire en Alsace-Lorraine (mais le dialecte, lui, n'a droit de cité, et dans certaines limites, qu'en maternelle)[71].

Si l'ensemble de ces dispositions indiquent bien un changement d'attitude de la part des pouvoirs publics, les limites du pluralisme ainsi institué n'en sont pas moins évidentes. Hormis le cas de la Polynésie et de l'Alsace-Lorraine, dont le statut obéit à une logique différente que l'on examinera

---

68 La loi du 29 juillet 1982 a depuis lors été abrogée et remplacée par la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, qui, dans son article 3, ne confie plus à la CNCL que la mission de veiller à "la défense et à l'illustration de la langue française".

69 Ces dispositions, qui visaient au départ le basque, le breton, le catalan et l'occitan, ont été étendues par un décret du 16 janvier 1974 à la langue corse.

70 Sur tous ces points, voir D. Latournerie, "Le droit de la langue française", (article précité).

71 Voir *supra* note 21.

plus loin, on remarque en effet, que **l'enseignement des langues régionales reste toujours facultatif**, qu'il s'ajoute aux programmes scolaires sans les modifier - et cela, contrairement à la revendication des militants régionalistes ou autonomistes, qui souhaiteraient que cet enseignement devienne obligatoire[72]. Les mêmes raisons qui poussent les minorités à formuler cette revendication la rendent inacceptable par le pouvoir d'Etat : la satisfaire reviendrait à **figer et institutionnaliser les différences sur une base territoriale** et non plus seulement linguistique ou culturelle, et à faire sortir, précisément, la minorité de son statut de minorité culturelle et linguistique pour la rapprocher (dangereusement) du statut de minorité nationale.

On constate que la diversité est plus aisément reconnue, et le cas échéant encouragée par des mesures réglementaires ou matérielles, lorsqu'il s'agit uniquement d'offrir des facultés *supplémentaires* aux membres d'un groupe minoritaire : tous continuent en effet à être soumis à un même corps de règles en dehors des domaines spécifiques, et relativement secondaires, régis par des règles particulières, de sorte qu'il n'est véritablement porté atteinte ni à l'unité ni même à l'uniformité de l'ordre juridique. Le problème en revanche change de nature lorsqu'il s'agit de **placer une partie de la population, une partie du territoire national, sous un régime juridique différent**, et d'accepter l'idée que des régimes distincts puissent s'appliquer à des parties distinctes du territoire. C'est ici qu'on constate que la reconnaissance des spécificités locales a ses limites ... et ses incohérences.

Ces limites et ces incohérences sont apparues avec une particulière netteté à l'occasion de l'application de la réforme régionale dans les départements d'outre-mer. On se rappelle en effet que le Conseil constitutionnel, dans une décision du 2 décembre 1982, a invalidé la loi qui fusionnait conseil général et conseil régional et faisait élire l'assemblée unique à la représentation proportionnelle, estimant qu'une telle réforme, qui supprimait l'assemblée assurant la représentation des composantes territoriales du département - les cantons -, revenait à conférer aux DOM une organisation différente de celle des départements de métropole, en violation de la Constitution. Cette décision repose sur une interprétation particulièrement rigoureuse de l'article 73 de la Constitution, qui dispose que "le régime législatif et l'organisation administrative des DOM peuvent faire l'objet de *mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière*". Mais, dit en substance le Conseil constitutionnel, adaptation ne veut pas dire statut particulier. En l'occurrence, on aurait pourtant pu penser que l'isolement géographique de chaque département d'outre-mer, et le fait que chacun d'eux constitue à lui seul un département et une région, justifiait cette "adaptation" de l'organisation administrative consistant à les doter d'une assemblée unique exerçant les deux types de compétences (de la même façon que le Conseil de Paris exerce à la fois les compétences d'un conseil municipal et celles d'un conseil général)[73].

Décision contestable, donc, d'un point de vue juridique. Décision inopportune, également, car à contre-courant d'une aspiration croissante à la reconnaissance des particularismes, à contre-courant d'une évolution qui favorise la prise en compte accrue par le droit des spécificités - confessionnelles, géographiques, culturelles ... : on prend peu à peu conscience que l'uniformité n'est plus

---

[72] Cette question représente un point de litige entre les membres de l'assemblée de Corse et le ministère de l'Education nationale : alors que les premiers souhaiteraient que le corse soit enseigné dès la maternelle et à tous les niveaux du cursus scolaire et universitaire comme une matière à part entière, les responsables de l'Education nationale, tout en se déclarant prêts à faire des efforts pour développer et améliorer la qualité de l'enseignement du corse, y compris en créant un CAPES de corse, refusent d'envisager la transformation du statut de cet enseignement et de le rendre obligatoire dans l'île. (Voir par exemple le compte rendu du voyage de M. Jospin, ministre de l'Education nationale, en Corse, dans *Le Monde* du 30 octobre 1988)

[73] Pour un commentaire de cette décision, voir L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 4è éd. Sirey 1986, p. 559 s. ; L. Favoreu, "Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-82", *Rev. du droit public*, 1983.333, notamment p. 379 s.

la condition nécessaire et absolue de l'unité nationale, et qu'il y a d'autres façons de concevoir et de réaliser l'égalité que d'appliquer à tous de règles identiques[74].

Contestable et inopportune, la décision du Conseil constitutionnel est d'autant plus surprenante qu'elle peut sembler contradictoire avec la décision rendue quelques mois plus tôt à propos de la loi portant statut particulier de la région Corse. Les auteurs de la saisine faisaient valoir que les caractères particuliers de la région de Corse ne justifiaient pas la création d'un statut particulier entièrement dérogatoire au droit commun, qui contenait selon eux des risques évidents de dislocation de l'unité nationale, et qu'ils la justifiaient d'autant moins que la Constitution n'autorise d'éventuelles adaptations ou dérogations que pour les départements ou territoires d'outre-mer. Le Conseil constitutionnel s'est borné à répondre que le législateur, compétent pour créer de nouvelles catégories de collectivités territoriales, pouvait parfaitement créer des catégories ne comprenant qu'une unité, et qu'au surplus la loi ne contenait aucune disposition pouvant être regardée comme portant atteinte au caractère indivisible de la République et à l'intégrité du territoire national[75].

Cette réponse élude la vraie question : **jusqu'à quel point le législateur a-t-il le droit de prévoir un régime juridique spécifique pour certaines parties du territoire national** en tenant compte des particularités locales, de sorte que si l'on s'en tient à la seule argumentation juridique formelle, il n'y a pas contradiction flagrante entre les deux décisions. Mais si l'on se place du point de vue de l'attitude générale qu'elle reflètent face au problème de la gestion des différences, la comparaison entre le sort fait à la Corse et le sort fait aux DOM à dix mois d'intervalle laisse rêveur. D'autant que si l'on examine le contenu et la portée des dérogations au droit commun dans le régime des régions d'outre-mer et dans celui de la Corse[76], on constate que les dérogations sont plus nombreuses ici que là, notamment dans les domaines qui revêtent un aspect symbolique important[77]. Situation paradoxale au regard des réalités concrètes[78], mais aussi au regard de la Constitution, qui prévoit bien des adaptations de l'organisation administrative pour les départements d'outre-mer, mais non pour ceux de métropole.

Mais les contradictions ne s'arrêtent pas là. Car l'affirmation selon laquelle les départements d'outre-mer sont des départements comme les autres, que seule leur situation géographique distingue des autres, est sans doute parfaitement cohérente avec le principe d'assimilation proclamé depuis 1946 ; elle n'en est pas moins démentie en permanence, non seulement dans les faits, mais dans les

---

74 Voir, pour une critique de la décision du Conseil constitutionnel de ce point de vue, l'article de George Pau-Langevin, "Répondre à l'attente", dans *Le Monde* du 16 octobre 1982. "L'unité nationale implique-t-elle l'uniformité entre les départements ?, s'interroge l'auteur. Ceux-ci, pour être traités également, doivent-ils l'être de manière identique, ou au contraire la véritable égalité n'exige-t-elle pas la prise en compte sérieuse des problèmes spécifiques ? ... Si l'appartenance égale à la communauté nationale rend nécessaire la similitude, nombre d'Antillais ou de Réunionnais s'en sentiront en fait exclus".

75 Décision 82-138 du 25 février 1982. Voir commentaire dans L. Favoreu et L. Philip, *loc. cit.*, et L. Favoreu, "Décentralisation et constitution", *Rev. droit public* 1982.1259

76 Le régime spécifique des régions d'outre-mer est désormais prévu par la loi du 31 décembre 1982, votée après que le Conseil constitutionnel ait invalidé le premier texte adopté par le Parlement. La région de Corse est régie par la loi 82-214 du 2 mars 1982, promulguée le même jour que la loi portant droits et libertés des communes, des départements et des régions.

77 Ainsi, le conseil régional se dénomme "Assemblée de Corse" et les comités sont appelés "conseils". Pour l'élection de l'Assemblée, la Corse forme une circonscription électorale unique déconnectée des départements. Enfin, il est fait explicitement référence dans la loi à la sauvegarde et à la diffusion de la langue et de la culture corse.

78 L'article 1er de la loi 82-214 du 2 mars 1982 précise que l'organisation de la région de Corse tient compte de ses spécificités, et notamment de celles qui résultent de la géographie et de l'histoire. La même remarque ne valait-elle pas - et à un degré bien supérieur - pour les départements d'outre-mer ?

textes, et d'une façon qui porte bien plus manifestement atteinte au principe d'égalité que ne le faisait la réforme invalidée par le Conseil constitutionnel. Car **le régime législatif et réglementaire des DOM n'est pas identique à celui de métropole**[79].

En 1946, avec la départementalisation, l'intention était de marquer une rupture avec le droit colonial : le droit colonial était un droit diversifié, régi par le principe de spécialité, et donc différent d'un territoire à l'autre ; le droit des départements d'outre-mer serait régi, à l'inverse, par le principe d'assimilation, et donc calqué sur le droit métropolitain. Il ne faisait aucun doute à l'époque que l'égalité passait par l'identité des règles applicables. Par réalisme, toutefois, on maintint la possibilité d'adapter au contexte de l'outre-mer les règles en vigueur en métropole : "le régime législatif des départements d'outre-mer est le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la loi", disposait l'article 73 de la Constitution de 1946, auquel fait écho l'article 73 de la Constitution de 1958, qui prévoit que "le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière". Quarante ans plus tard, force est de constater qu'en violation de principes posés **il n'y a pas eu uniformisation complète de l'ordre juridique**. Les lois et règlements sont présumés s'appliquer de plein droit aux DOM, mais la présomption cède si le texte comporte la mention contraire, ou s'il porte sur une matière qui, dans les DOM, demeure régie par des règles spéciales ; et les domaines dans lesquels ces départements restent soumis à un régime entièrement dérogatoire et spécifique, lequel, par le jeu de cette présomption contraire, tend nécessairement à se perpétuer, sont relativement nombreux.

La justification théorique de cet état de chose est double : tantôt on invoque la nécessité d'**adapter le droit aux particularismes locaux**, en acceptant l'idée qu'ils perdureront ; tantôt, à l'inverse, on présente la spécificité des règles comme nécessaire, dans le cadre d'une action volontariste, pour **résorber des différences** considérées comme temporaires et surmontables[80]. Cette motivation, déjà bien ambivalente en elle-même, apparaît de toutes façons comme une tentative de rationalisation abstraite sans grand rapport avec les différences de traitement effectivement consacrées par les textes, que l'on serait souvent en peine d'expliquer par l'une ou l'autre des raisons invoquées. Sans doute peut-on comprendre l'existence, dans les DOM, d'un régime douanier spécifique ; mais quel particularisme local justifie que le salaire minimum y soit fixé à un taux moins élevé qu'en métropole, alors que les fonctionnaires affectés dans ces départements touchent, eux, une indemnité spéciale qui atteint 40% de leur traitement ? ou que le montant des allocations familiales soit moindre qu'en métropole ? ou que les indemnités journalières ne soient versées, en cas d'incapacité de travail, qu'au bout du dixième jour d'absence au lieu du quatrième ?

Ce qui est gênant, en définitive, dans l'exemple des DOM, c'est que les différences de traitement sont admises là où elles apparaissent comme des discriminations pures et simples, alors qu'on les refuse (voir la décision du Conseil constitutionnel) là où elles permettraient de tenir compte des spécificités locales. D'où la situation contradictoire dans laquelle se trouvent placés les intéressés, à commencer par les autonomistes eux-mêmes, amenés à réclamer, pour obtenir l'égalité de traitement et la suppression des discriminations, une assimilation législative que par ailleurs ils peuvent fort bien récuser : du point de vue de la revendication minoritaire, en effet, l'existence d'un régime dérogatoire au droit de commun n'a rien de choquant en soi.

---

79 Voir notamment sur ce point F. Miclo, *Le régime législatif des DOM et l'unité de la République*, Economica, 1982 ; F. Constant, "Les nationaux de la France d'Outre-Mer : des citoyens comme les autres ?", Rapport pour le Colloque franco-québécois sur *Nationalité et Citoyenneté*, Paris, juin 1988 (à paraître).

80 En ce sens, voir F. Constant, rapport précité.

On serait tenté de dire que l'ambiguïté de la situation des départements d'outre-mer face à cette question de l'uniformité ou de la diversité de la réglementation juridique ne fait que reflèter l'ambiguïté de leur situation dans l'ensemble français : le principe d'assimilation a toujours été, au mieux un mythe inaccessible, au pire le masque des discriminations persistantes, sans compter les effets pervers qu'il a pu avoir dans l'ordre économique, en contribuant à la destruction des économies locales. Mais cette ambiguïté reflète aussi, sur le plan du fonctionnement du droit, **les limites de la reconnaissance du pluralisme dans le cadre d'un ordre juridique unique**, car alors la revendication d'un droit à la différence risque toujours de se heurter à un principe d'égalité strictement entendu : c'est l'un des enseignements qu'on peut tirer de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; et c'est ce qui explique *a contrario* la plus grande diversité des régimes juridiques applicables dans les territoires d'outre-mer.

Vers la pluralité des ordres juridiques

Qui dit Etat unitaire dit unité de l'ordre juridique. Sans doute les collectivités territoriales ont-elles le pouvoir de créer des normes ; mais ces normes ne peuvent qu'ajouter aux normes étatiques et non s'y substituer, elles interviennent uniquement dans les domaines et aux conditions fixés par le droit étatique, enfin elles restent annulables, par l'exécutif ou par le juge selon les cas. Et cette domination absolue de l'ordre juridique étatique sur les autres, qui lui sont étroitement subordonnés, exclut l'émergence d'un pluralisme véritable.

L'existence ou l'inexistence d'un pouvoir normatif autonome, c'est à dire insusceptible d'être anéanti par la collectivité supérieure, apparaît ainsi, aux yeux de certains auteurs, comme la marque distinctive permettant de tracer la frontière entre l'Etat unitaire et l'Etat fédéral : aussi longtemps qu'existe une source normative unique, de caractère national, l'indivisibilité de la République serait préservée, quand bien même cette autorité normative édicterait des régimes différents applicables à des portions distinctes du territoire national[81]. Cette présentation somme toute très classique et orthodoxe de la distinction Etat unitaire/Etat fédéral, permet de donner une interprétation d'ensemble cohérente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière ; mais elle laisse toutefois insatisfait : car en plaçant si haut la barre du fédéralisme et en ne prévoyant aucune place pour des situations intermédiaires, on parvient bien sûr à préserver, en ce qui concerne la France, le dogme de la République une et indivisible, mais au prix d'une sous-estimation évidente des éléments qui, dans le statut des territoires d'outre-mer, contredisent l'équation de départ : Etat unitaire = ordre juridique unique[82]. Il serait donc plus réaliste, soit d'abandonner cette équation, soit de renoncer à l'idée que la France, avec ses territoires d'outre-mer, forme encore un Etat unitaire[83].

---

[81] C'est la thèse que soutiennent notamment L. Favoreu et L. Philip (*op. cit.* p. 575), qui interprètent en ce sens la décision du Conseil constitutionnel sur la Corse : "le statut particulier de la Corse ne le gêne pas, écrivent-ils, ni même l'appellation d'"Assemblée de Corse", tant que cette Assemblée n'a pas de pouvoir normatif autonome ... Malgré le statut particulier, il y a une source normative unique, de caractère national, laquelle peut, sans porter atteinte à l'indivisibilité de la République, édicter des régimes différents".

[82] Les mêmes auteurs font remarquer que si les autorités locales dans les territoires d'outre-mer ont un pouvoir réglementaire, ce ne peut être que dans le domaine d'intervention prévu par le législateur, et que par ailleurs les délibérations des assemblées territoriales restent des actes administratifs soumis au contrôle du représentant de l'Etat dans le territoire et susceptibles d'être annulés par le juge administratif. Ils en déduisent que les TOM n'ont pas de pouvoir normatif autonome, et qu'il n'y a donc pas atteinte à l'indivisibilité de la République. Tout le problème est de savoir : 1) si cette conception de l'autonomie n'est pas excessivement restrictive et s'il ne serait pas plus réaliste d'admettre que l'autonomie, loin de s'apprécier en termes de tout ou rien, est susceptible de degrés ; 2) si le critère de l'indivisibilité de la République proposé par les auteurs, à savoir l'absence de pouvoir normatif autonome, n'est pas lui-même réducteur à l'excès.

[83] Voir en ce sens T. Michalon, "La République Française, une fédération qui s'ignore?", *Rev. droit public*, 1982 p. 623.

Car il est difficilement niable que **les territoires d'outre-mer possèdent un ordre juridique propre et autonome**. Sans doute n'ont-ils, contrairement aux composantes d'un véritable Etat fédéral, ni compétence d'auto-organisation, ni compétence législative à part entière : le législateur national - le Conseil constitutionnel l'a réaffirmé à plusieurs reprises - reste seul compétent pour déterminer et modifier le statut des TOM, qu'il fixe unilatéralement, et le pouvoir normatif des autorités territoriales reste soumis au contrôle des autorités étatiques, qui peuvent déférer les délibérations des assemblées locales au juge administratif. Il n'en reste pas moins que leur régime institutionnel et législatif permet d'évoquer une véritable pluralité des ordres juridiques.

La Constitution dispose, dans son article 74, que "les territoires d'outre-mer de la République ont *une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble de la République*" ; et s'il appartient au législateur de définir et de modifier cette organisation, c'est "après consultation de l'assemblée territoriale intéressée" : les assemblées locales, qui représentent la population de ces territoires, ont donc compétence, aux termes de la Constitution, pour connaître, fût-ce à titre simplement consultatif, de l'organisation de leur collectivité. Sur cette base, le législateur a doté les territoires de statuts très différents les uns des autres, et cette différenciation du droit institutionnel en vigueur dans les TOM est déjà un premier élément de contraste avec l'uniformité qui est de règle en métropole ou dans les départements d'outre-mer[84].

Dans la plupart des cas, ces statuts leur confèrent une grande autonomie. Cette autonomie, on le sait, a été pour plusieurs d'entre eux le préalable de l'accession à l'indépendance, et ce constat a son importance : car le fort degré d'autonomie accordé aux TOM - une autonomie qui va croissant à mesure que les réformes se succèdent, et qui met parfois à mal, il faut bien l'avouer, le principe de l'indivisibilité de la République[85] -, ne s'explique pas uniquement par le caractère lointain des territoires concernés et le particularisme des conditions locales ; il reflète aussi **l'hypothèse, au moins latente, d'une indépendance future**.

Tout comme le fait d'admettre l'existence de régimes législatifs parfois très différents de celui qui prévaut en métropole pourrait bien traduire l'idée que ("quelque part"...) les populations de ces territoires **ne sont pas et ne deviendront jamais tout à fait françaises**. La Constitution ne fait-

---

[84] Cette différence de traitement entre les DOM et les TOM peut trouver un fondement dans la Constitution elle-même, et plus précisément dans la différence de rédaction entre les articles 73 et 74. Les conséquences qu'en tirent L. Favoreu et L. Philip conduisent toutefois à un paradoxe. Ces auteurs estiment, en se fondant sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que la diversification du droit applicable résultant du pouvoir d'adaptation prévu par l'article 73 de la Constitution ne peut concerner les institutions, l'uniformité du régime institutionnel étant selon eux (conjointement avec la non attribution d'un pouvoir normatif propre aux collectivités territoriales) la condition de l'indivisibilité de la République. Mais cette restriction ne s'applique pas aux TOM, ajoutent-ils, pour lesquels la Constitution prévoit elle-même une exception à la règle de l'uniformité. Il faut bien convenir que cette exception est gênante pour la cohérence de l'ensemble : car si on comprend bien les raisons - de texte - pour lesquelles le Conseil constitutionnel réserve un sort différent aux DOM et aux TOM, on comprend mal, en revanche, pourquoi l'uniformité institutionnelle serait garante de l'indivisibilité dans le cas de la métropole et des DOM, mais non plus dans le cas des TOM.

[85] Voir l'analyse de T. Michalon, dans son article précité, sur le statut du territoire des Comores et celui du territoire français des Assars et des Issas, à la veille de l'indépendance. Cette évolution vers une autonomie croissante ressort aussi de la comparaison du statut actuel de la Polynésie française, fixé par la loi du 6 septembre 1984, tant avec le statut antérieur de 1977 qu'avec le statut de Wallis et Futuna, qui remonte à 1961 (loi du 29 juillet 1961, modifiée par la loi du 18 octobre 1978). La même remarque vaut, avec des nuances, compte tenu des événements qui ont à plusieurs reprises interrompu la mise en oeuvre des réformes, dans le cas de la Nouvelle Calédonie, où les textes se sont succédé à un rythme soutenu depuis 1976 : la loi du 28 décembre 1976, modifiée par des ordonnances de 1982, a été abrogée par la loi du 6 septembre 1984, à son tour modifiée par la loi dite "d'évolution" du 23 août 1985 mettant en place un statut transitoire, puis par la loi du 17 juillet 1986 ; une nouvelle loi est intervenue le 22 janvier 1988, qui a été à son tour abrogée et remplacée par la loi adoptée par référendum le 6 novembre 1988. Pour une analyse juridique détaillée du statut des TOM, on peut se reporter au *Jurisclasseur administratif*, Fasc. 132 et 133.

elle pas explicitement allusion, dans son article 75, aux citoyens qui n'ont pas le statut civil de droit commun et qui conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ? Quant au principe de la "spécialité législative" qui prévaut dans les TOM, ne le justifie-t-on pas par les particularités géographiques, économiques ou ethniques[86] de ces territoires ? La référence à des données ethniques dans la détermination du droit applicable, la prise en considération, dans le statut des territoires, de l'existence de communautés distinctes dont il faut organiser la cohabitation, montrent que **l'appartenance ethnique est ici un élément dont on peut légitimement tenir compte**, alors qu'une telle démarche est littéralement impensable dans le contexte métropolitain ou même (surtout ?) dans les départements d'outre-mer, en raison du tabou qui pèse sur les considérations tirées de l'origine ou de la race. Dans la mesure où ce tabou est consacré par la Constitution, dont l'article 2 proclame "l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine de race ou de religion", la tâche du législateur, comme d'ailleurs celle du Conseil constitutionnel, qui doivent s'efforcer de concilier au mieux les réalités locales avec les principes constitutionnels, s'avére particulièrement délicate[87].

Le principe de la spécialité législative, qui exclut l'applicabilité de plein droit des lois édictées pour la France métropolitaine, et qui remonte à l'Ancien Régime, atteste que le droit des territoires d'outre-mer est bien l'héritier du droit colonial. Il résulte de ce principe que l'ordre juridique étatique ne régit que partiellement ces territoires : ne sont en effet applicables dans les territoires d'outre-mer, outre les lois dites "de souveraineté", c'est à dire celles qui en raison de leur objet sont nécessairement destinées à régir l'ensemble du territoire de la République, que les règles issues de textes qui soit leur sont spécifiques, soit comportent une mention expresse d'applicabilité aux TOM ou leur ont été étendus par un texte ultérieur[88]. C'est ainsi que des matières aussi importantes que l'organisation des juridictions et le fonctionnement de la justice, la condition des personnes, la gestion des biens, la protection sociale, les finances publiques, le régime fiscal et douanier, la monnaie - pour ne citer que celles-là -échappent à l'application du droit métropolitain et sont régies dans chaque territoire par des règles spécifiques[89].

---

[86] Le mot figure en toutes lettres dans la circulaire du 21 avril 1988 relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires outre-mer, parue au *Journal officiel* du 24 avril 1988.

[87] C'est ce dont témoigne la décision du Conseil constitutionnel du 8 août 1985 sur la Nouvelle Calédonie (voir L. Favoreu et L. Philip, *op. cit.* p. 676). Contestant le découpage électoral du territoire, les députés auteurs de la saisine soutenaient qu'en conférant la majorité au sein du congrès à une ethnie qui n'était pas majoritaire en nombre dans la population du territoire, le législateur avait violé le principe d'égalité ; de leur côté, les sénateurs faisaient valoir, non sans quelque raison, que le découpage en quatre régions obéissait à des considérations inspirées directement de considérations ethniques, en violation de l'article 2 de la Constitution.
La réponse du Conseil constitutionnel témoigne de l'embarras - compréhensible - qu'il éprouve face à des distinctions prenant en compte l'origine ethnique. Sur le premier point, le Conseil répond que si le congrès doit être élu sur des bases essentiellement démographiques, la représentation ne doit pas être nécessairement proportionnelle à la population de chaque région, et que le législateur peut tenir compte, dans une mesure limitée (qui, ajoute-t-il, a été en l'espèce manifestement dépassée), d'autres impératifs d'intérêt général. Que peuvent être ces impératifs d'intérêt général, sinon la nécessité de préserver un équilibre global entre les communautés ? Mais ce n'est pas dit explicitement.
Sur le second point, le Conseil répond que le législateur peut, en conformité avec l'article 74 de la Constitution, instituer et délimiter des régions dans le cadre de l'organisation particulière d'un territoire d'outre-mer en tenant compte de tous les éléments d'appréciation, et notamment de la répartition géographique *des* populations. Ce pluriel est éloquent ; mais le Conseil se garde de reprendre à son compte le mot "ethnique", mot tabou qu'il évite soigneusement de prononcer.

[88] Sur le principe de la spécialité législative et sur ses modalités de mise en oeuvre, voir la circulaire du 21 avril 1988 précitée.

[89] Comme dans le cas des DOM, la spécificité du droit applicable recouvre parfois des discriminations peu justifiables. On peut citer à cet égard le fonctionnement de la justice, et notamment de la justice pénale, où les droits de la défense sont beaucoup moins bien garantis qu'en métropole, ou encore le domaine des prestations sociales, où les droits reconnus sont généralement très en retrait par rapport au droit commun. (Voir F. Constant, rapport précité).

Mais ce qu'il importe de souligner, plus encore que l'existence d'un corps de règles différent de celui qui s'applique en métropole, c'est le mode d'émission de ces règles : car c'est ce mode d'émission qui permet de parler, à propos des territoires d'outre-mer, d'une pluralité des ordres juridiques, et c'est par là également que la situation de ces territoires se distingue de la situation de **l'Alsace-Lorraine**.

Dans ce dernier cas, en effet, on trouve bien un **droit local dérogatoire au droit commun**, dont l'existence trouve sa justification dans un contexte historique spécifique. Ce droit local, constitué par la législation applicable à la date du 11 novembre 1918 et maintenue en vigueur depuis lors, régit un nombre de matières relativement important, relevant aussi bien du droit civil que du droit public, et introduit des dérogations parfois substantielles par rapport au droit en vigueur dans le reste de la métropole[90]. Enfin, s'il a été considéré pendant longtemps comme le vestige d'une époque révolue, condamné à terme à disparaître, le droit local jouit aujourd'hui d'un préjugé plus favorable, dans la mesure où on y voit **l'expression d'une identité régionale**, et une forme de reconnaissance du droit à la différence. Il reste que, contrairement à ce qui se passe pour les territoires d'outre-mer, la plupart des lois générales sont applicables de plein droit dans les trois départements de l'Est : c'est le cas non seulement des lois de souveraineté, mais aussi des lois nouvelles, c'est à dire postérieures à 1918, dont la jurisprudence admet de plus en plus largement que, sauf intention contraire du législateur, elles emportent abrogation tacite des dispositions contraires du droit local[91]. Si l'on ajoute la possibilité, largement utilisée par le législateur, d'introduire expressément les lois françaises dans les domaines jusque là régis par le droit local, on voit que le champ d'application de ce dernier ne peut aller qu'en s'amenuisant, en l'**absence de mécanisme d'émission de nouvelles règles** susceptible de l'alimenter. En effet, et c'est là l'essentiel, le droit local d'Alsace-Lorraine ne constitue pas un ordre juridique autonome car il est dépourvu de source normative propre capable de modifier les règles en vigueur et d'en engendrer de nouvelles.

Les territoires d'outre-mer, eux, disposent précisément de cette capacité. Si le législateur est seul habilité à déterminer les attributions respectives de l'Etat et du territoire, les assemblées locales ont compétence, dans le cadre de leurs attributions ainsi définies, pour **créer non seulement des règles nouvelles, mais des règles dérogatoires au droit étatique**, y compris au droit d'origine législative[92]. En effet, comme le Conseil constitutionnel l'a admis, le législateur peut, sur le fondement de l'article 74 de la Constitution, déroger à la répartition des compétences entre la loi et le règlement résultant des articles 34 et 37, de sorte que l'assemblée d'un territoire, bien que dotée d'un simple pouvoir réglementaire et non d'un véritable pouvoir législatif, peut parfaitement recevoir pleine compétence dans des domaines qui relèvent normalement de la loi.

Cette compétence est protégée contre d'éventuels empiètements des autorités étatiques : ainsi, si le législateur a le droit de modifier la répartition des compétences, il ne peut utiliser les pouvoirs qu'il tient de l'article 34 pour légiférer directement dans des matières qu'il a lui-même attri-

---

[90] La dérogation la plus spectaculaire réside dans le maintien en vigueur du régime concordataire, directement contraire à la conception française de la laïcité ... et difficilement conciliable avec le principe de laïcité consacré par la Constitution. Parmi les autres matières régies, au moins partiellement, par le droit local, on peut citer : l'administration communale, l'organisation foncière, l'enseignement (qui subit l'incidence du régime concordataire), la liberté d'association, l'urbanisme, la chasse, la sécurité sociale, l'organisation d'un certain nombre de professions, etc. Voir J.M. Woehrling, "Matières régies par le droit public alsacien-mosellan, *Jurisclasseur administratif*, Fasc.122-2 (précité).

[91] Sur l'articulation du droit général et du droit local et les problèmes complexes qu'elle pose, voir J.M. Woehrling, "Principes généraux d'application du droit alsacien-mosellan", *Jurisclasseur administratif*, Fasc. 122-1.

[92] En cela, la situation des TOM diffère entièrement de celle des autres collectivités territoriales qui, comme on l'a rappelé plus haut, ne peuvent qu'ajouter au droit étatique et jamais s'y substituer ni y déroger.

buées au territoire ; le pouvoir réglementaire, de son côté, ne peut légalement intervenir pour l'application d'une loi qui n'a pas été déclarée applicable à ce territoire, ni, d'une façon générale, dans des domaines relevant de la compétence exclusive des autorités territoriales, à qui il revient de prendre les dispositions réglementaires qu'elles estiment convenables.

Or ces domaines qui relèvent de la compétence exclusive du territoire sont parfois très étendus. Le statut actuel de la Polynésie, à l'instar de celui des Comores ou de Djibouti avant leur accession à l'indépendance, confère une **compétence de principe aux autorités territoriales**, et ne laisse à l'Etat que des compétences d'attribution définies restrictivement[93] ; l'assemblée est même dotée de certains pouvoirs en matière pénale, puisqu'elle est habilitée à déterminer les peines applicables aux infractions aux règles qu'elle a édictées. En ce qui concerne la Nouvelle Calédonie, la loi adoptée par référendum le 6 novembre 1988 fixe les attributions respectives de l'Etat et du territoire, les provinces recevant une compétence résiduelle pour toutes la matières qui ne sont réservées ni à l'Etat, ni au territoire, ni aux communes[94].

Cette autonomie normative étendue atteste l'existence, dans chacun des territoires d'outre-mer, d'un véritable ordre juridique, distinct de l'ordre juridique étatique quoique dépendant de lui et subordonné à lui. On peut estimer que cette pluralité d'ordres juridiques remet en cause sinon l'indivisibilité de la République, du moins les prémisses qui fondent l'Etat unitaire ; à supposer qu'il en soit ainsi, ce n'est qu'**une contradiction de plus parmi toutes celles qu'engendre une gestion pragmatique des différences, peu soucieuse, par crainte de devoir procéder à des révisions difficiles, de théoriser sa pratique**.

*

Conclusion

Les minorités, telle *L'Arlésienne...* Inconnues, ou plutôt occultées, dans le droit public français, elles apparaissent pourtant ici ou là en filigrane, on les voit surgir subrepticement, innommées, au coin d'un texte ou d'une pratique jurisprudentielle. Face à un phénomène minoritaire multiforme, qui ne s'avoue pas nécessairement comme tel mais dont il faut bien constater l'existence, l'omniprésence, même, dans la société française contemporaine (si on ne le réduit pas à ces quelques minorités fortement constituées sur une base régionale et linguistique qui refusent de se fondre dans la communauté nationale et réclament l'autonomie, sinon l'indépendance), la tâche des gouvernants s'avère délicate, et les incertitudes du droit trahissent leur embarras. Car il leur faut répondre à cette **demande de reconnaissance des identités et des appartenances collectives**, répondre à la revendication, formulée ou latente, d'un droit à la différence, sans pour autant remettre en cause les **mythes fondateurs de la démocratie française qui ont nom : égalité, uniformité, unité**.

---

[93] L'article 3 de la loi du 6 septembre 1984 énumère les compétences que conservent les autorités de l'Etat, parmi lesquelles figurent notamment : les relations extérieures, la défense, le contrôle de l'immigration, la monnaie, le trésor, le crédit, le commerce de matériel militaire, le maintien de l'ordre, la nationalité et l'état civil, le droit civil à l'exception de la procédure civile, les principes généraux du droit du travail, la justice, la procédure pénale, l'enseignement du second cycle du second degré, l'enseignement supérieur et la recherche (etc.)

[94] Les compétences attribuées à l'Etat sont en gros les mêmes que dans le cas de la Polynésie (art. 8). Le territoire reçoit notamment compétence dans les domaines suivants : impôts, droit et taxes perçus dans le territoire, réglementation en matière de santé et de protection sociale, réglementation de la circulation et des transports routiers, fonction publique territoriale, réglementation des professions libérales, en matière d'assurances, de marchés publics, répression des fraudes, réglementation des prix, procédure civile, réglementation des prix, principes directeurs du droit de l'urbanisme, postes et télécommunications, droit du travail, etc...

Ces mythes imprègnent fortement le droit français, qui porte encore la marque de la méfiance envers les corps intermédiaires et d'une conception de l'égalité à la fois individualiste et formelle. Une conception dont on ne doit pas sous-estimer les aspects positifs : l'attachement à l'égalité formelle reste un **principe fondamentalement protecteur contre les discriminations**, même s'il est par ailleurs exact que la promotion des groupes n'est pas toujours compatible avec le respect d'une stricte égalité entre les individus ; la primauté donnée aux droits individuels sur les droits du groupe, le droit absolu d'être reconnu et traité comme une personne indépendamment de toute appartenance, ont des **virtualités libératrices**, tandis que la revendication du droit à la différence comporte à l'évidence des risques - le risque, notamment, que cette différence devienne un élément constitutif de l'identité des personnes au point de faire disparaître l'individu derrière le membre du groupe.

Il ne saurait donc être question d'abandonner purement et simplement un système de valeurs pour un autre, qui reste d'ailleurs à définir et dont les bénéfices ne seraient pas nécessairement supérieurs. Il reste que cette façon d'éluder les problèmes de principe que soulève l'émergence du fait minoritaire dans un contexte politique, idéologique et juridique qui lui est au départ, sinon par essence, réfractaire, que ce soit par paresse intellectuelle ou plus probablement par crainte d'être amené à remettre au moins partiellement en cause les dogmes les mieux établis, cette façon de naviguer à vue en ne s'attachant à résoudre les problèmes qu'au cas par cas, au fur et à mesure qu'ils se posent, est source de contradictions et d'ambiguïtés, voire d'hypocrisie.

C'est ainsi qu'on accepte d'inscrire dans le code du travail le principe de **discriminations positives** en faveur des femmes, sans savoir comment le mettre ensuite concrètement en oeuvre, tant il est heurte les conceptions dominantes en matière d'égalité juridique.

S'agissant des femmes, encore, le Conseil constitutionnel récuse toute forme de **"quota"** qui leur assurerait dans les conseils municipaux une représentation plus conforme à leur poids réel dans la société, au motif qu'on ne saurait concevoir de diviser les électeurs ou les éligibles en catégories ; mais on assiste parallèlement à la généralisation de nouvelles formes de représentation fondées explicitement sur une division de la population en catégories, qui reviennent à officialiser la sectorisation de la société française et montrent à quel point le postulat de l'homogénéité du corps social est devenu fragile.

La **laïcité** reste un dogme intouchable, mais on subventionne les écoles privées pour permettre aux familles de faire donner à leurs enfants une éducation religieuse. L'Etat ne reconnaît aucun culte, mais il nomme et rémunère comme agents publics les aumôniers habilités par les autorités ecclésiastiques. Et les églises sont mises gratuitement à la disposition des fidèles, affectées aux curés qui se conforment aux règles d'organisation du culte catholique et se soumettent à la hiérarchie ecclésiastique. Une situation qui s'avère d'ailleurs aujourd'hui génératrice de nouvelles discriminations et d'effets pervers, puisque les musulmans, ne disposant pas de lieux de cultes préexistants et ne pouvant compter sur des subventions publiques que le principe de laïcité interdit de leur verser, ont recours aux subsides des pays étrangers : preuve supplémentaire, s'il en fallait une, que l'Etat ne peut se désintéresser entièrement de la religion ; preuve, aussi, que **la laïcité, piégée, doit être repensée**.

La position du droit français face au problème des **colonies** n'est guère plus cohérente. Le moindre des paradoxes - mais il est de nature plus politique que juridique - n'est-il pas de proclamer le droit à l'autodétermination tout en mettant hors la loi les mouvements qui auraient pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national, non seulement en métropole mais dans les départements et territoires d'outre-mer ? (Et comment, au demeurant, concilier ce droit à l'autodétermina-

tion dont la mise en oeuvre peut déboucher sur l'accession à l'indépendance de territoires français, avec le principe de l'indivisibilité de la République ?).

Sur un plan plus strictement juridique, on aurait quelque difficulté à expliquer rationnellement, c'est à dire par des considérations qui ne soient pas purement pragmatiques, pourquoi l'organisation des territoires d'outre-mer peut tenir compte des divisions ethniques au sein de la population, alors que la prise en considération de l'origine ethnique est strictement interdite par la Constitution et radicalement impensable tant en métropole que dans les départements d'outre-mer ; ou encore, à expliquer pourquoi l'existence, dans les territoires d'outre-mer, de régimes législatifs et administratifs entièrement dérogatoires au droit commun de la métropole est compatible avec le principe de l'indivisibilité de la République, alors que des adaptations institutionnelles mineures portent atteinte à cette indivisibilité lorsqu'elles concernent les départements d'outre-mer. On ne peut finalement éviter de relever, à propos de ces derniers, l'hypocrisie qu'il y a, après avoir proclamé l'assimilation législative, à invoquer les mesures d'adaptation prévues par la Constitution pour justifier la survivance de dispositions discriminatoires qui constituent autant d'entorses au principe d'assimilation, tout en s'appuyant sur ce même principe pour récuser toute adaptation institutionnelle qui serait effectivement justifiée par la situation particulière de ces départements.

L'inventaire (non exhaustif) de ces contradictions ne vise ni à stigmatiser un attachement excessif à des principes obsolètes, ni, à l'inverse, à dénoncer des pratiques qui les remettraient subrepticement en cause. Il s'agit tout simplement de montrer comment l'incapacité ou le refus de repenser les principes pour tenir compte des mutations sociales finit par représenter un obstacle à une gestion efficace et cohérente des problèmes posés par la différence. Le pragmatisme qui caractérise l'attitude des pouvoirs publics dans ce domaine n'est nullement condamnable en soi. Mais à condition qu'il ne confonde pas avec un empirisme dépourvu de toute réflexion prospective et prospérant à l'ombre d'un dogmatisme théorique sans prise sur le réel.