



HAL
open science

Les identités saisies par le droit : quelles identités ? quelle protection ?

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Les identités saisies par le droit : quelles identités ? quelle protection ?. Revue du droit des religions, 2020, Heurts et malheurs de l'identité religieuse, 10, pp.15-31. 10.4000/rdr.1204 . hal-03020142

HAL Id: hal-03020142

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03020142>

Submitted on 23 Nov 2020

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 identités saisies par le droit : quelles identités ? quelle protection ?

Danièle Lochak



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rdr/1204>

ISSN : 2534-7462

Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

Édition imprimée

Date de publication : 16 novembre 2020

Pagination : 15-31

ISBN : 979-10-344-0073-7

ISSN : 2493-8637

Référence électronique

Danièle Lochak, « Les identités saisies par le droit : quelles identités ? quelle protection ? », *Revue du droit des religions* [En ligne], 10 | 2020, mis en ligne le 16 novembre 2020, consulté le 20 novembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/rdr/1204>



La *revue du droit des religions* est mise à disposition selon les termes de la Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale 4.0 International - CC BY-NC 4.0.

LES IDENTITÉS SAISIÉS PAR LE DROIT: QUELLES IDENTITÉS? QUELLE PROTECTION?

Danièle LOCHAK

Université Paris Nanterre, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CTAD-CREDOF)

RÉSUMÉ

Les identités se construisent à partir de caractéristiques individuelles mais aussi de traits collectifs liés à l'appartenance à un groupe – religieux, ethnique, linguistique, culturel... – et cela de façon d'autant plus fréquente que le groupe en question se vit comme minoritaire au sein de la société. Comment le droit appréhende-t-il ces identités multiformes, quelle protection leur apporte-t-il? Le contraste est frappant entre, d'un côté, la montée en puissance des revendications identitaires, l'écho croissant qu'elles rencontrent au niveau international, et, de l'autre le caractère globalement peu contraignant des textes qui en résultent. Se pose ainsi la question de savoir sur quel fondement et en quels termes les juges tranchent les litiges que peuvent susciter ces quêtes identitaires.

ABSTRACT

Identities are made of individual characteristics but also of collective features linked to belonging to a group – be it religious, ethnic, linguistic, cultural, etc. – especially when the group is considered a minority within society. How does the law deal with these multifaceted identities, what protection does it provide? There is a striking contrast between, on the one hand, the raise in identity claims and the growing echo they receive at the international level, and, on the other hand, the generally non-binding nature of the resulting provisions. One may therefore wonder on what basis and in what terms judges rule on disputes arising from these identity quests.

VOUS AVEZ DIT « IDENTITÉ » ?

L'identité, selon le Larousse, c'est le « caractère permanent et fondamental de quelqu'un, d'un groupe, qui fait son individualité, sa singularité ». En donnant comme exemples, d'un côté : « personne qui cherche son identité », de l'autre : « identité nationale », cette définition intègre, on le voit, la dimension potentiellement collective, et pas seulement individuelle, de l'identité.

Lorsqu'on cible le champ lexical du droit, la définition paraît se resserrer drastiquement. Ainsi, d'après le dictionnaire du Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL), le mot « identité », en droit, renvoie à l'« ensemble des traits ou caractéristiques qui, au regard de l'état civil, permettent de reconnaître et d'établir son individualité au regard de la loi ». Dans le *Vocabulaire juridique*¹, le terme identité est défini ainsi : « Pour une personne physique : ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre ; par extension, ce qui permet de la reconnaître et de la distinguer des autres ; l'individualité de chacun, par extension l'ensemble des caractères qui permettent de l'identifier ». Viennent ensuite les exemples : l'identité civile (« ensemble des éléments qui, aux termes de la loi, concourent à l'identification d'une personne physique : nom, prénom, date de naissance, filiation, etc. ») ; les papiers d'identité, la vérification d'identité, l'identité judiciaire (« ensemble des moyens techniques et scientifiques propres à assurer l'identification des délinquants »).

Une première plongée dans le corpus juridique confirme la prévalence de cette dimension strictement « objective » de l'identité. À titre d'exemple, une recherche sur Légifrance des occurrences du mot « identité » dans le titre des documents figurant dans la base de données (codes, lois et décrets, jurisprudence...) donne des résultats qui tournent massivement autour des moyens permettant l'identification des personnes² : carte nationale d'identité, justification de son identité, identité numérique, protection de l'identité, contrôles d'identité, photo d'identité, fraude à l'identité, usurpation d'identité, identité judiciaire, vérification de l'identité, carte d'identité professionnelle, carte d'identité militaire... Dans ces hypothèses, le but n'est pas seulement de connaître l'identité d'une personne, de savoir « qui » elle est, mais aussi de pouvoir l'identifier « comme » : titulaire d'un statut, d'un droit, d'une

1. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 6^e éd. 2004.

2. ... ou des biens : on trouve aussi « plaque d'identité des aéronefs » (ou des automobiles), « marques extérieures d'identité des bateaux de plaisance ».

autorisation (passer la frontière, entrer dans un lieu protégé...) ou auteur d'un délit ou nécessitant une surveillance particulière.

Cette identité-là, constituée d'éléments objectifs sur la base desquels s'opérera l'identification, n'a pas à être protégée, sinon contre d'éventuelles usurpations d'identité³. Mais ces éléments peuvent se « subjectiviser » : les caractéristiques assignées peuvent être contestées, d'autres revendiquées. Il en va ainsi des transsexuels qui réclament un changement de prénom et de sexe à l'état civil, des personnes intersexuées qui refusent l'assignation alternative à un sexe « masculin » ou « féminin » : ils et elles réclament la prise en compte de leur identité sexuelle ou de leur identité de genre. C'est encore le cas des personnes qui, nées sous X ou par procréation médicalement assistée avec donneur, ne se contentent pas des données inscrites dans leur état civil officiel et souhaitent, au-delà, connaître leur identité « biologique » ; ou des enfants issus d'une gestation pour autrui pour lesquels est réclamée l'inscription à l'état civil de leur filiation avec les parents d'intention. D'une façon générale, la protection de l'identité biologique ou génétique est devenue un enjeu en soi avec le développement des biotechnologies, comme l'attestent le nombre d'instruments, notamment internationaux, adoptés dans ce domaine⁴.

La construction identitaire ne s'arrête pas aux caractéristiques individuelles : elle intègre des traits collectifs liés à l'appartenance à un groupe – religieux, ethnique, linguistique, culturel, voire « racial » (« les Noirs »)... –, de façon d'autant plus fréquente que le groupe en question est ou se vit comme minoritaire au sein de la société. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, particulièrement « constructive » à cet égard, offre un panorama impressionnant de la « richesse » potentielle du concept d'identité, comme on aura l'occasion de le rappeler plus loin.

Comment le droit appréhende-t-il ces identités multiformes, quelle protection leur apporte-t-il ? Le contraste est frappant entre, d'un côté, la montée en puissance des revendications identitaires, l'écho croissant qu'elles rencontrent

3. Le titre de la loi du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité est à cet égard trompeur. Si l'usurpation d'identité est évoquée par les initiateurs du texte, il s'agit clairement d'un prétexte pour justifier une sécurisation accrue des données et des documents d'identité au profit de l'autorité publique.

4. Citons à titre d'exemples la Recommandation 1100 (1989) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'utilisation des embryons et fœtus humains dans la recherche scientifique qui rappelle dans ses considérants que « l'embryon humain [...] maintient [...] en continuité son identité biologique et génétique » ou encore la Déclaration internationale sur les données génétiques humaines de 2003 qui inclut dans l'identité personnelle la « constitution génétique » caractéristique de chaque individu, tout en prenant soin de préciser que « l'identité d'une personne ne saurait se réduire à ses caractéristiques génétiques ».

au niveau international et, de l'autre le caractère globalement peu contraignant des textes qui en résultent alors que les grandes conventions relatives aux droits de l'homme restent de leur côté silencieuses sur ce point. Se pose ainsi la question de savoir sur quel fondement et en quels termes les juges tranchent les litiges que peuvent susciter ces quêtes identitaires.

LA RÉSONANCE CROISSANTE DES REVENDICATIONS IDENTITAIRES

Pour respecter l'égalité entre les individus, la règle de droit doit faire abstraction non seulement de leurs caractéristiques personnelles, telles que le sexe, l'origine, la « race », l'orientation sexuelle..., mais aussi de ce qui les rattache à un groupe identitaire particulier. On reconnaît là la force du postulat universaliste érigé en dogme dans la tradition française issue de la Révolution, qui tend à assimiler égalité et uniformité. Cette ignorance volontaire, conçue au départ comme une garantie contre les discriminations, a toutefois ses limites : pour respecter la part d'altérité de chaque individu, le droit est amené non seulement à prendre acte des différences et appartenances constitutives des identités individuelles, mais aussi à faire une place aux identités collectives⁵.

DE LA RECONNAISSANCE DES DROITS DES MINORITÉS...

Le schéma dominant de la prise en compte des identités collectives par le droit est resté pendant longtemps celui de la protection des minorités, qui inspire encore aujourd'hui le statut des peuples autochtones. Ainsi, au sortir de la première guerre mondiale, confrontée au démantèlement des grands empires multinationaux, la communauté internationale a inscrit dans les traités de paix et les « traités de minorités » des clauses reconnaissant à celles-ci, outre le droit à l'égalité civile et politique, un ensemble de droits spécifiques tels que la liberté religieuse, le libre usage de la langue maternelle, la liberté d'enseignement, parfois l'autonomie locale. Les traités de paix signés à l'issue de la seconde guerre mondiale ont également prévu l'obligation pour les États d'assurer aux membres des minorités la jouissance de tous les droits de l'homme, « sans distinction de race, de langue ou de religion ». Mais la question des minorités a été éclipsée à l'époque par le souci de mettre en place un système de protection des droits de l'homme sur une base universelle, en postulant que si ces

5. C'est un des « paradoxes » de l'universalité. V. D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, spéc. ch. 3.

droits étaient respectés, leur jouissance serait assurée *ipso facto* aux membres des minorités. La Déclaration universelle de 1948, après de vifs débats pour savoir s'il convenait ou non d'y inclure les droits des minorités, est restée finalement muette sur ce point, se bornant à proscrire toute discrimination fondée, notamment, sur la race, la couleur, la religion ou l'origine.

Adopté vingt ans plus tard, le Pacte relatif aux droits civils et politiques contient un unique article 27 qui interdit aux États, là où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, de priver les membres de ces minorités « du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».

Les minorités sont redevenues un sujet de préoccupation face aux conflits ethniques qui ont déstabilisé l'Europe centrale et orientale à la suite de l'effondrement des régimes communistes. Cette conjoncture politique a sans doute accéléré la prise de conscience de ce que les droits des minorités ne pouvaient être subsumés sous la catégorie des droits de l'homme. C'est ainsi qu'en 1992 l'Assemblée générale des Nations unies va adopter une Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques auxquelles est reconnu, entre autres, le droit « de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue », de prendre part « aux décisions qui concernent la minorité à laquelle elles appartiennent, [...] de créer et de gérer leurs propres associations ». De leur côté, les États doivent protéger « l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique des minorités », favoriser « l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité » (art. 1^{er}), permettre aux personnes concernées « d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs coutumes » (art. 4). Les minorités sont donc protégées en tant que groupes porteurs d'une identité collective.

À la même époque sont adoptées coup sur coup, dans le cadre du Conseil de l'Europe, une Charte des langues régionales ou minoritaires (1992) puis une Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (1994) dont le préambule énonce « qu'une société pluraliste et véritablement démocratique doit non seulement respecter l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse de toute personne appartenant à une minorité nationale, mais également créer des conditions propres à permettre d'exprimer, de préserver et de développer cette identité ». Les États s'engagent à garantir l'égalité entre les personnes appartenant à une minorité et celles appartenant à la majorité, à promouvoir les conditions propres à leur permettre de conserver et

développer les éléments essentiels de leur identité, tels que l'utilisation de la langue ou le droit de créer des établissements d'enseignement.

Parallèlement, plusieurs textes onusiens font écho aux revendications des peuples « autochtones » et « indigènes » : la Convention n° 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux de 1989 prend acte de l'aspiration des peuples en question à développer leur identité, leur langue et leur religion dans le cadre des États où ils vivent ; elle est suivie, après de longues années de négociations, par la Déclaration sur les droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies en 2007 qui va beaucoup plus loin que la Déclaration sur les droits des minorités de 1992 dans la reconnaissance de droits collectifs puisque ceux-ci incluent le droit d'avoir des institutions distinctes non seulement culturelles mais aussi politiques, juridiques, économiques et sociales.

... À LA PROBLÉMATIQUE DES DROITS CULTURELS

Ce modèle de protection des minorités est toutefois concurrencé aujourd'hui, sinon supplanté, par la problématique des droits culturels⁶ : l'idée qui l'inspire est que le droit à l'identité culturelle doit pouvoir être revendiqué par chaque individu, qu'il appartienne ou non à une minorité, sur une base universelle en somme.

La référence aux droits culturels était déjà présente dans la Déclaration universelle de 1948 qui dispose que « toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent » (art. 27). On la retrouve à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966. Mais la notion de droits culturels a considérablement évolué depuis lors : de droits individuels, ils sont devenus des droits collectifs, le souci primordial étant de préserver les identités culturelles et de promouvoir la « diversité culturelle ». Les textes élaborés sous l'égide de l'Unesco illustrent cette évolution⁷. Au départ, l'accent est mis sur l'éducation et le savoir, considérés comme la clé de la paix. La décolonisation entraîne un changement d'éclairage : les identités culturelles des pays ayant accédé récemment à l'indépendance émergent comme question politique centrale et le concept de culture s'élargit pour englober la référence

6. V. M. BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

7. UNESCO, DIVISION DES POLITIQUES ET DU DIALOGUE INTERCULTUREL, *L'UNESCO et la question de la diversité culturelle : bilan et stratégies, 1946-2004*, sept. 2004.

à l'« identité ». Dans une troisième période est mis en avant le lien entre la culture et le développement : le respect de l'identité culturelle des individus et des groupes doit permettre de contrer les phénomènes de marginalisation à l'œuvre au sein des sociétés développées ou dans les pays en développement.

La promotion des expressions culturelles des minorités apparaît dès lors comme une condition de la démocratie. La Déclaration universelle de l'Unesco de 2001 sur la diversité culturelle, qualifiée de « patrimoine commun de l'humanité », proclame que « dans nos sociétés de plus en plus diversifiées, il est indispensable d'assurer une interaction harmonieuse et un vouloir vivre ensemble de personnes et de groupes aux identités culturelles à la fois plurielles, variées et dynamiques » afin de garantir la cohésion sociale et la paix. La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, adoptée en 2005 également sous l'égide de l'Unesco, rappelle que la diversité des cultures « s'incarne dans l'originalité et la pluralité des identités ainsi que dans les expressions culturelles des peuples et des sociétés qui constituent l'humanité ».

Le rapport du Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) de 2004 sur « La liberté culturelle dans un monde diversifié » franchit un pas supplémentaire par rapport à la Déclaration de l'Unesco. Constatant la montée des revendications identitaires qui surgissent un peu partout – des populations autochtones en Amérique latine aux minorités religieuses en Asie du Sud, en passant par les minorités ethniques des Balkans et d'Afrique ou les immigrés en Europe occidentale –, il en déduit que la gestion de la diversité culturelle est l'un des défis fondamentaux de notre époque. Dans ce contexte, la liberté culturelle est présentée comme un élément essentiel du développement humain, parce que pouvoir choisir sans crainte son identité – donc pratiquer sa religion, parler sa langue, célébrer son patrimoine ethnique ou religieux – est important pour mener une vie épanouie.

La référence à l'identité semble potentiellement sans limites : la Convention des Nations unies du 30 mars 2007 relative aux droits des personnes handicapées proclame ainsi qu'il faut respecter le droit des enfants handicapés à préserver leur identité, faciliter l'apprentissage de la langue des signes et la promotion de l'identité linguistique des personnes sourdes, et que les personnes handicapées ont droit « à la reconnaissance et au soutien de leur identité culturelle et linguistique spécifique, y compris les langues des signes et la culture des sourds ».

On voit s'opérer ici la jonction entre la problématique des droits culturels et le paradigme du multiculturalisme⁸. La diversité à laquelle se réfère le mot « multiculturel » dépasse l'acception stricte de la « culture » pour englober un ensemble élargi d'appartenances ou de caractéristiques qui concourent à forger des identités : les groupes ethniques, religieux, linguistiques, mais aussi le genre ou l'orientation sexuelle, voire le handicap. Le multiculturalisme pointe d'abord une réalité : la mutation des sociétés contemporaines, caractérisées par l'existence en leur sein de groupes qui revendiquent de conserver leur identité et réclament une plus grande visibilité dans l'espace public. Mais il renvoie aussi à un modèle de gouvernement : s'opposant à la conception assimilationniste qui, au nom de l'universalité du droit et des droits, exclut toute prise en compte des appartenances dans la sphère publique et *a fortiori* dans la sphère civique, le multiculturalisme promeut une organisation politique et sociale reposant sur la prise en considération de la diversité et la reconnaissance publique des identités culturelles.

Cet écho croissant rencontré par les revendications identitaires débouche toutefois rarement, on l'a vu, sur des textes contraignants, alors que les grandes conventions relatives aux droits de l'homme – les conventions onusiennes comme la Convention européenne des droits de l'homme – sont quasiment ou totalement muettes sur ce point. Comment, dans ces conditions, les instances chargées de contrôler le respect de leurs obligations par les États – on pense ici avant tout à la Cour européenne des droits de l'homme, mais la question a pu se poser aussi occasionnellement aux comités onusiens⁹ – ont-elles appréhendé la question, qui apparaît comme de plus en plus cruciale, de la préservation des identités, au-delà de la protection des minorités labellisées comme telles ?

8. Parmi les auteurs qui ont tenté de théoriser le multiculturalisme, on peut citer W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La Découverte, 2001 [1995] et Ch. TAYLOR, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 2019 [1994]. Pour une présentation générale des enjeux théoriques, politiques et idéologique du concept, on peut consulter : F. CONSTANT, *Le multiculturalisme*, Paris, Flammarion, 2000 ; M. DOYTCHÉVA, *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, 3^e éd. 2018 ; P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, 2^e éd. 2011.

9. Le Comité des droits de l'homme a été saisi de nombreuses reprises de plaintes individuelles concernant des atteintes alléguées aux droits des personnes appartenant à des minorités, qu'il a examinées en se fondant sur les termes de l'article 27 du Pacte, sans référence à la notion d'identité. Dans son commentaire dans son observation générale n° 23 (1994), en revanche, il note que la protection des droits découlant de cet article « vise à assurer la survie et le développement permanent de l'identité culturelle, religieuse et sociale des minorités concernées » et que les États doivent donc prendre des mesures positives pour protéger cette identité. La référence à la protection de l'identité se retrouve en revanche lorsque le litige n'est pas directement lié à l'appartenance à une minorité reconnue comme telle.

LE « DROIT À L'IDENTITÉ » : UNE CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE

On l'a dit plus haut : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme offre un tableau saisissant et parfois inattendu de la richesse potentielle du concept d'identité. Ici comme dans d'autres domaines, une interprétation « dynamique » de la Convention lui a permis de faire émerger une série de droits qui n'y figuraient pas expressément, parmi lesquels, justement, le droit à l'identité. Ce droit, elle l'a induit pour l'essentiel de l'article 8, même s'il est aussi mis en avant dans des litiges relatifs à la liberté d'expression, au droit à l'éducation et, de façon évidemment plus attendue, à la liberté de religion.

L'ARTICLE 8, MATRICE DU DROIT À L'IDENTITÉ

« L'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel », énonce la Cour¹⁰, ajoutant que « l'établissement des détails de son identité d'être humain » contribue à cet épanouissement¹¹.

Cette dimension identitaire de la « vie privée » le Comité des droits de l'homme l'avait déjà mise en exergue quelques années auparavant : saisi par des personnes qui s'étaient vu refuser le changement de nom qu'elles réclamaient pour des raisons religieuses, le Comité ne s'était pas borné à constater que le nom faisait partie de l'identité de l'individu, au sens premier et classique du terme : faisant implicitement référence aux choix personnels du plaignant, fondés en l'occurrence sur ses convictions religieuses, il avait rappelé que « la notion de vie privée renvoie au domaine de la vie de l'individu où il peut exprimer librement son identité, que ce soit dans ses relations avec les autres ou seul¹² ».

Le contenu de ce « droit à l'identité » s'est progressivement élargi, d'autant plus aisément que la Cour n'a pas cherché à en donner une définition conceptuelle qui aurait bridé cette dynamique interprétative. Ce droit implique le droit de connaître son ascendance, car l'identité de ses géniteurs est un aspect important de l'identité personnelle¹³ ; il en résulte que l'incertitude entretenue sur l'identité de son géniteur s'analyse en une incertitude quant à son identité personnelle, susceptible d'emporter la violation de l'article 8¹⁴.

10. CEDH, 6 févr. 2001, n° 44599/98, *Bensaïd c. Royaume-Uni*.

11. CEDH, 7 févr. 2002, n° 53176/99, *Mikulić c. Croatie*.

12. CDH, constatation 31 oct. 1994, comm. n° 453/1991, *A.R. Coeriel et M.A.R. Aurik c. Pays-Bas*.

13. CEDH, Gde ch., 13 févr. 2003, n° 42326/98, *Odièvre c. France*.

14. *Mikulić c. Croatie*, précit.

L'identité sexuelle ou identité de genre est protégée non seulement en tant qu'élément relevant de l'intimité de la vie privée – qui n'a donc pas à être divulgué –, mais aussi comme un aspect de l'identité personnelle qui doit être reconnu et protégé en tant que tel¹⁵. De même, la réputation d'une personne – son intégrité physique et morale – est protégée parce qu'elle fait partie de son identité personnelle¹⁶.

Ce qui est frappant, c'est la propension de la Cour à faire référence à la notion d'identité même là où elle paraît superfétatoire. Ainsi, la Cour ne se contente plus d'affirmer que la vie privée inclut aussi la « vie privée sociale », le droit de nouer des relations avec ses semblables¹⁷; elle définit la vie privée sociale comme la possibilité pour l'individu de développer son « identité sociale » et rappelle inlassablement que la vie privée englobe « de multiples aspects de l'identité physique et sociale d'un individu¹⁸ ». Et puisque l'individu conforte son identité sociale par le développement des relations avec les autres, la vie professionnelle est protégée au titre de l'identité sociale : les restrictions qui lui sont apportées peuvent tomber sous le coup de l'article 8 dès lors qu'elles se répercutent sur la façon dont l'individu forge cette identité¹⁹. De même, dit la Cour, les liens entre un enfant et un adulte, même en l'absence de lien biologique, relèvent de l'identité sociale de l'individu²⁰, alors qu'en l'espèce ce détour par l'identité ne paraissait pas nécessaire pour se convaincre que de tels liens appartenaient bien à la sphère de la « vie privée ».

L'identité ethnique est également citée – assez logiquement – comme un élément de l'identité personnelle, mais dans des contextes très différents, voire opposés. Dans un cas, elle doit être protégée en tant que donnée « sensible » pouvant être déduite de l'analyse d'échantillons biologiques recueillis dans le cadre d'enquêtes de police, *a fortiori* parce qu'on craint que la connaissance de cette identité ne soit utilisée à des fins discriminatoires²¹. Dans d'autres hypothèses, l'identité ethnique apparaît au contraire comme une identité collective, assignée ou revendiquée, s'agissant de choisir – ou d'imposer – celle

15. CEDH, Gde ch., 11 juill. 2002, n° 28957/95, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*; CEDH, 6 avr. 2017, n°s 79885/12, 52471/13 et 52596/13, *A.P., Garçon et Nicot c. France*; 11 oct. 2018, n° 52216/08, *S.V. c. Italie*.

16. CEDH, 15 nov. 2007, n° 12556/03, *Pfeifer c. Autriche*.

17. CEDH, 16 déc. 1992, n° 13710/88, *Niemietz c. Allemagne*.

18. *Mikulic c. Croatie*, précit.

19. CEDH, Gde ch., 12 juin 2014, n° 56030/07, *Fernández Martínez c. Espagne*.

20. CEDH, Gde ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c. Italie*.

21. CEDH, Gde ch., 4 déc. 2008, n°s 30562/04 et 30566/04, *S. et Marper c. Royaume-Uni*.

qui figurera dans le registre de population national²². La Cour admet encore que, dès lors que les menaces, insultes et violences ayant émaillé des rassemblements hostiles aux Roms ont visé la requérante en raison de son appartenance à cette minorité, ces agissements ont nécessairement touché la vie privée de la requérante à travers son identité ethnique²³.

Ce qui amène à une autre remarque, à savoir que les identités collectives sont elles aussi protégées prioritairement sur le terrain de l'article 8. Ainsi, le fait qu'une publication soit susceptible de porter atteinte à l'identité d'un groupe dont la personne est membre porte par là-même atteinte à sa vie privée, dit la Cour, dans une affaire où des passages d'un livre sur les Tsiganes de Turquie étaient jugés discriminatoires et de nature à propager des stéréotypes négatifs sur la communauté rom. Car, à partir d'un certain degré d'enracinement, explique-t-elle, tout stéréotype négatif concernant un groupe peut agir sur le sens de l'identité de ce groupe ainsi que sur les sentiments d'estime de soi et de confiance en soi de ses membres: il peut donc être considéré comme touchant à la vie privée des membres du groupe²⁴. De même, des propos refusant le qualificatif de génocide aux massacres de 1915 sont susceptibles de porter atteinte à l'identité de la minorité arménienne, dès lors qu'elle s'est bâtie autour de l'idée que la communauté arménienne a été victime d'un génocide. Le droit au respect de l'identité ethnique des membres de cette minorité doit donc être protégé au titre du droit au respect de la vie privée même si, en l'espèce, mettant en balance le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression, la Cour fait finalement pencher la balance du côté de cette dernière²⁵.

On peut aussi mentionner la série d'arrêts qui concluent à la violation de l'article 8 en raison de l'atteinte portée à l'identité personnelle des Roms et des Tsiganes²⁶. Il était allégué que les mesures entravant le stationnement des caravanes les empêchaient de se conformer au mode de vie traditionnel des Tsiganes. La Cour suit les requérants sur ce terrain en relevant que la vie en caravane fait partie intégrante de l'identité tzigane, s'inscrivant dans la longue tradition du voyage suivie par la minorité à laquelle ils appartiennent. Les mesures critiquées les empêchent de conserver leur identité tzigane et de

22. CEDH, 27 avr. 2010, n° 27138/04, *Ciubotaru c. Moldavie*.

23. CEDH, 12 avr. 2016, n° 64602/12, *R.B. c. Hongrie*.

24. CEDH, Gde ch., 15 mars 2012, n°s 4149/04 et 41029/04, *Aksu c. Turquie*.

25. CEDH, Gde ch., 15 oct. 2015, n° 27510/08, *Perinçek c. Suisse*.

26. CEDH, Gde ch., 18 janv. 2001, n° 27238/95, *Chapman c. Royaume-Uni*; n° 24876/94, *Coster c. Royaume-Uni*; n° 25154/94, *Jane Smith c. Royaume-Uni*.

mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition²⁷. Pour appuyer sa décision, la Cour n'hésite pas à citer aussi bien les rapports qui expriment leur préoccupation pour l'avenir de l'identité ethnique, culturelle et linguistique des Tsiganes et des gens du voyage que les textes protégeant les minorités. Elle rappelle notamment que la convention-cadre du Conseil de l'Europe entend permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de préserver les éléments essentiels de leur identité que sont leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel. Elle prend soin, pour terminer, de relever l'existence d'un consensus, au sein des États du Conseil de l'Europe « pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie » et cela, ajoute-t-elle, « non seulement dans le but de protéger les intérêts des minorités elles-mêmes mais aussi pour préserver la diversité culturelle qui est bénéfique à la société dans son ensemble ». Si ces citations et ces remarques dessinent un contexte qui influence les décisions de la Cour, elles ne peuvent évidemment les fonder en droit, ce qui explique ici le repli sur l'article 8.

Cet éloge de la diversité, qui fait écho aux préoccupations exprimées dans les différents rapports et déclarations sur les droits culturels que l'on a mentionnés plus haut et qui empruntent au paradigme multiculturaliste, revient à plusieurs reprises sous la plume de la Cour. Il apparaît, dans les mêmes termes, dans d'autres affaires concernant la communauté rom, qu'il s'agisse de l'accès à l'éducation des enfants roms²⁸ ou du refus d'accorder une pension de réversion à une veuve dont le mariage avait été célébré selon les rites de la minorité rom²⁹. Mais on le retrouve aussi, de façon plus inattendue, lorsque la Cour doit se prononcer sur l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public. Posant la question sur le terrain de l'article 8 avant de l'examiner sous l'angle de l'article 9, elle admet que les intéressées puissent percevoir cette interdiction comme une atteinte à leur identité et ajoute que, si le vêtement en cause est perçu comme étrange par beaucoup de ceux qui

27. La Cour tient le même raisonnement à propos des gens du voyage : elle rappelle que la vie en caravane fait partie intégrante de leur identité, même lorsqu'ils ne vivent plus de façon nomade, et que des mesures portant sur le stationnement des caravanes influent sur leur faculté de conserver leur identité et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition (CEDH, 17 oct. 2013, n° 27013/07, *Winterstein et a. c. France*).

28. CEDH, Gde ch., 13 nov. 2007, n° 57325/00, *D.H. et a. c. République tchèque*; CEDH, 5 juin 2008, n° 32526/05, *Sampanis et a. c. Grèce*; CEDH, Gde ch., 16 mars 2010, n° 15766/03, *Oršuš et a. c. Croatie*. Ces affaires sont tranchées sur le fondement de l'article 2 du Protocole 1 combiné avec l'article 14 : discrimination dans l'accès à l'instruction.

29. CEDH, 8 déc. 2009, n° 49151/07, *Muñoz Diaz c. Espagne*. Cette affaire est tranchée sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole 1 combiné avec l'article 14 : discrimination dans la jouissance du droit au respect des biens.

l'observent, il est, dans sa différence, « l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit³⁰ ».

L'IDENTITÉ PROTÉGÉE À TRAVERS LES LIBERTÉS DE CONSCIENCE ET D'EXPRESSION

Si l'article 8 est très systématiquement mobilisé, les identités collectives sont aussi protégées sur le terrain de l'article 9 et de la liberté religieuse ou encore sur celui des articles 10 et 11 lorsque les libertés d'expression, de réunion et d'association sont utilisées à l'appui de revendications identitaires.

On connaît la formule fétiche de la Cour concernant la liberté de religion : « Telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention. Cette liberté figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie³¹ ». On en déduit que, selon la Cour, les croyances et les pratiques religieuses ne doivent pas être protégées simplement au titre de la liberté de conscience, mais aussi parce que la religion est un élément essentiel de l'identité personnelle des croyants³². Elle poursuit en ajoutant que cette liberté « est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – qui ne saurait être dissocié de pareille société ». Cette référence au pluralisme, qu'on retrouve aussi lorsque la Cour nous dit que « pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une "société démocratique" », peut sembler banale en ce qu'elle se borne à rappeler l'importance de la liberté d'opinion dans une démocratie. Mais la Cour va plus loin lorsqu'elle avance, dans une formulation où l'on sent à nouveau pointer l'influence des thèses

30. CEDH, Gde ch., 1^{er} juill. 2014, n° 43835/11, *S.A.S. c. France*. On relève – est-ce significatif ? – que dix ans auparavant la Cour avait examiné l'interdiction du port du foulard islamique aux étudiantes exclusivement sur le terrain d'une éventuelle violation de l'article 9 (et accessoirement du droit à l'instruction) et pas en tant qu'atteinte à l'identité personnelle et donc au respect de la vie privée (CEDH, Gde ch., 10 nov. 2005, n° 44774/98, *Leyla Şahin c. Turquie*).

31. CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Kokkinakis c. Grèce*.

32. Dans la décision d'irrecevabilité *Mann Singh c. France* (CEDH, déc. 13 nov. 2008, n° 24479/07), la Cour se borne à reproduire l'affirmation du requérant qui explique que le port du turban est considéré par les sikhs comme étant non seulement au cœur de leur religion, mais également au cœur de leur identité. Le Comité des droits de l'homme, saisi de la même affaire, fait un pas de plus puisqu'il reprend à son compte cette affirmation : « le turban, dit-il, est considéré non seulement comme étant un devoir religieux, mais également comme lié à l'identité personnelle » (CDH, constatation 19 juill. 2013, comm. n° 1928/2010, *Shingara Mann Singh c. France*).

multiculturalistes, que « le pluralisme repose aussi sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles, des convictions religieuses, et des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques » et qu'« une interaction harmonieuse entre personnes et groupes ayant des identités différentes est essentielle à la cohésion sociale »³³.

Appliquant ces principes à la liberté d'association, la Cour cite là encore le préambule de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur les minorités qui proclame qu'« une société pluraliste et véritablement démocratique doit non seulement respecter l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse de toute personne appartenant à une minorité nationale mais également créer des conditions propres à permettre d'exprimer, de préserver et de développer cette identité » ; elle en déduit que « les associations créées pour la protection du patrimoine culturel ou spirituel, [...] la proclamation et l'enseignement d'une religion, la recherche d'une identité ethnique ou l'affirmation d'une conscience minoritaire, sont [...] importantes pour le bon fonctionnement de la démocratie » et que la liberté d'association des minorités doit être d'autant mieux protégée que la fondation d'une association ayant pour objet d'exprimer et de promouvoir l'identité d'une minorité peut aider cette dernière à préserver et défendre ses droits³⁴. Statuant sur une requête mettant en cause le traitement discriminatoire réservé à la communauté religieuse alévie en Turquie, elle ajoute que « les autorités doivent percevoir la diversité religieuse non pas comme une menace mais comme une richesse³⁵ ».

La Cour peut aussi être amenée à censurer les entraves mises par les autorités étatiques à l'expression des revendications identitaires : telle la condamnation pour propos nuisibles à l'intégrité territoriale de la Turquie et propagande séparatiste de l'auteur d'une brochure réclamant la reconnaissance du droit à se gouverner eux-mêmes à des groupes ethniques dont l'identité culturelle est niée et désignant les Kurdes comme une nation³⁶ ; telle aussi la dissolution d'une association accusée de vouloir imposer à la population bulgare une identité nationale macédonienne, donc étrangère, dans une partie du territoire³⁷ ; ou encore la dissolution d'une association

33. CEDH, Gde ch., 17 févr. 2004, n° 44158/98, *Gorzelik et a. c. Pologne* ; 26 avr. 2016, n° 62649/10, *İzzettin Doğan et a. c. Turquie*.

34. *Gorzelik et a.*, précit.

35. *İzzettin Doğan et a.*, précit.

36. CEDH, 10 oct. 2000, n°s 28635/95, 30171/96 et 34535/9, *İbrahim Aksoy c. Turquie*.

37. CEDH, 2 oct. 2001, n°s 29221/95 et 29225/95, *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*.

dont l'objet est jugé inconstitutionnel au motif qu'en entendant affirmer l'identité historique et culturelle des Slaves de Macédoine il vise à nier l'identité nationale et ethnique macédonienne³⁸.

BREF RETOUR SUR UNE FRANCE RÉTIVE

On chercherait en vain, dans la législation ou la jurisprudence françaises, la trace des évolutions que l'on vient de décrire. La France, on le sait, dénie avec la plus grande vigueur l'existence de minorités en son sein et s'oppose avec la même vigueur à toute officialisation, même indirecte, de cette existence par le droit : d'où son refus réitéré de ratifier les conventions internationales sur la protection des minorités et les réserves dont elle a accompagné la ratification des textes contenant des dispositions spécifiques pour les membres de minorités.

Ce refus de reconnaître l'existence de minorités s'accompagne aujourd'hui d'un refus plus global de tout « différencialisme », suspecté de faire le lit du « communautarisme ». D'où le raidissement sur la laïcité, constitutive de « l'identité républicaine de la France³⁹ » et dont l'interprétation rigoureuse apparaît comme le seul antidote aux risques de dérive qui pourraient découler d'un trop grand laxisme.

Dans ce contexte, il n'y a guère de place pour d'autres identités collectives que celle de la France : une identité « républicaine » donc, « nationale », « constitutionnelle ». La thématique de l'« identité nationale » a été mobilisée une première fois au milieu des années 1980 : une vision ethnicisée de cette identité, prétendument menacée par la place excessive d'une immigration extra-européenne difficilement assimilable, sujette aux « effets dissolvants d'une juxtaposition multiculturelle »⁴⁰, a servi d'argument pour réclamer et finalement obtenir en 1993 une réforme du Code de la nationalité rendant moins aisé l'accès à la nationalité française pour les jeunes nés en France. Vingt ans plus tard, la création en 2007 d'un ministère de l'Immigration, de

38. CEDH, 15 janv. 2009, n° 74651/01, *Association des citoyens Radko et Paunkovski c. l'Ex-République yougoslave de Macédoine*.

39. La formule figure notamment dans l'exposé des motifs du projet de loi interdisant le port des signes religieux dans les établissements scolaires.

40. Ces citations sont extraites des débats parlementaires sur le texte qui deviendra la loi du 22 juillet 1993. V. D. LOCHAK, « Usages et mésusages d'une notion polémique : la référence à l'identité nationale dans le débat sur la réforme du code de la nationalité, 1985-1993 », in *L'identité politique*, Paris, PUF, 1994, p. 305-323.

l'Intégration et de l'Identité nationale, prolongée par le lancement d'un grand débat sur l'identité nationale ont confirmé l'implicite xénophobe de cette notion. L'identité constitutionnelle de la France, quant à elle, a été brandie par le Conseil constitutionnel comme rempart à la valeur supra-législative des directives européennes⁴¹.

Les « identités culturelles » peuvent à la rigueur être prises en compte, mais dans leur acception la plus étroite. Ainsi, les services de télévision privée exploités dans différents départements – d'outre-mer mais aussi de métropole – doivent-ils, pour recevoir une autorisation du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), s'engager à « favoriser les différentes formes d'expression de l'identité culturelle locale ou régionale⁴² ». La collectivité de Corse s'est vu reconnaître des attributions « en matière d'identité culturelle » – attributions qui se rapportent, très prosaïquement, à l'éducation, à la communication, à l'action culturelle et à l'environnement, le Conseil constitutionnel ayant invalidé, en 1991, l'article 1^{er} de la loi portant statut de la Corse qui entendait garantir « à la communauté historique et culturelle vivante que constitue le peuple corse » la préservation de son identité culturelle. Si c'est la mention d'un « peuple corse » qui a entraîné cette censure, au motif que la Constitution « ne connaît que le peuple français », le droit de préserver son identité culturelle, formulation assurément plus offensive que celle qui subsiste dans les textes en vigueur, a disparu du même coup⁴³.

Il faut aller très loin de la métropole pour trouver des législations qui prennent quelque distance avec les dogmes du modèle républicain. Et encore...

L'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, qui a trouvé sa concrétisation institutionnelle dans la loi organique du 19 mars 1999, a reconnu pleinement l'identité kanak en donnant toute leur place au statut coutumier et aux structures coutumières, en faisant droit aux demandes exprimées au titre du lien à la terre, en adoptant des symboles exprimant la place essentielle de l'identité kanak du pays. À la lumière de cet accord – et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg – la cour d'appel de Nouméa a jugé que le refus de

41. « La transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti » (Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC).

42. L'expression figure dans les « appels aux candidatures pour l'exploitation de services de télévision privés à caractère local ou régional » lancés périodiquement par le CSA.

43. Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*.

permettre à une personne d'opter pour le statut coutumier portait atteinte au respect de son identité et, partant, au respect de sa vie privée, dès lors que les signataires de l'accord de Nouméa ont entendu faire du statut personnel un élément central dans la protection de l'identité culturelle des individus⁴⁴. Mais cet exemple reste isolé : le projet de conférer à la Polynésie française un statut calqué sur le modèle calédonien n'a pas abouti. Le statut d'autonomie issue de la loi organique du 27 février 2004 rappelle la nécessité de respecter « l'identité de sa population » et qualifie la langue tahitienne d'« élément fondamental de l'identité culturelle » qui doit être reconnue et préservée. Le français reste cependant la langue officielle, ce qui a conduit le Conseil d'État à censurer la faculté pour les membres de l'assemblée territoriale de s'exprimer en langue polynésienne⁴⁵.

On en déduit que seules la nécessité de trouver une issue à une situation politiquement inextricable et la perspective d'une indépendance future ont contraint à transiger, en Nouvelle-Calédonie, et là-bas seulement, avec les sacro-saints principes d'unité et d'indivisibilité de la République. Ces principes ne laissent de place ni pour *des* identités nationales ni pour des identités *ethniques*, pas même pour des identités *religieuses*. La liberté religieuse s'arrête là où commence le soupçon de dérive « communautariste », c'est-à-dire très tôt, puisque le simple port du foulard islamique ou du turban sikh est appréhendé non pas comme une façon de « manifester sa religion » mais comme la porte ouverte à l'ethnicisation de la société française⁴⁶.

44. CA Nouméa, 11 mars 2013, n° 12/212.

45. CE, 29 mars 2006, n° 282335, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*.

46. Significatives de cet état d'esprit sont les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'affaire *Mann Singh* : n'hésitant pas à dramatiser l'enjeu de la question posée – l'interdiction du turban sikh sur les photos d'identité – il l'érige en test de la résistance du modèle républicain à la tentation de l'ethnicisation de la société et termine son propos en espérant « que notre pays [...] saura préserver à l'intérieur et faire comprendre à l'extérieur cette composante essentielle de notre identité juridique » (CE, 15 déc. 2006, *M. Mann Singh* : *AJDA* 2007, p. 313, concl. T. OLSON).