

RAPPORT FRANÇAIS

par

Marie -Luce PAVIA

Professeur à l'Université Montpellier I

LE DROIT PUBLIC INTERNE FRANÇAIS RECONNAÎT-IL LES MINORITÉS ?

I – COURTE INTRODUCTION PROBLÉMATIQUE

Le point d'interrogation, placé à la fin du titre de cette intervention, est loin d'être de pure forme. Car, pour un juriste français, pour un professeur de droit public interne, pour un constitutionnaliste et, de manière encore plus étroite, pour celui qui s'interroge sur la problématique des droits fondamentaux de la personne humaine, le sujet proposé est un défi, voire ne peut être logiquement pensé. En effet, la coupure révolutionnaire a laissé des traces profondes en droit français qui, a priori et en principe, ne reconnaît pas les minorités.

D'ailleurs, la distance entre les deux approches des minorités est perceptible à la première lecture du questionnaire très fin, conçu par José Woehrling. Professeur de droit au Canada, pays où les minorités sont reconnues juridiquement, l'on ressent bien qu'il est incontestablement un spécialiste avisé de la thématique générale des Journées mexicaines de l'Association Henri Capitant.

Tel n'est pas le cas de son collègue français. Il faut par conséquent le remercier d'avoir interpellé ce dernier, en l'obligeant, grâce au comparatisme, à faire le point sur son propre système juridique et à y trouver des éléments d'une possible construction juridique en pointillé des minorités.

Cette différence de proximité avec le droit des minorités – et leurs droits - permet de comprendre la présentation du présent rapport. En raison de la difficulté ou de l'impossibilité à répondre point par point au questionnaire, les développements qui suivent mettront l'accent sur les problèmes qu'il soulève, tout comme leurs résolutions possibles en droit français – notamment en droit constitutionnel -, hier (II) et aujourd'hui (III). Il restera encore à expliquer l'hypothèse avancée d'une évolution du droit français au regard de la reconnaissance des minorités. C'est ce qui sera proposé dans une conclusion en forme d'ouverture vers de nouveaux problèmes (IV).

II – HIER : POSITION DU PROBLÈME OÙ L'ÉGALITE EN DROIT NIE LE PROBLÈME DES MINORITÉS

Parmi les définitions des minorités¹, l'on admettra qu'elles sont telles, lorsqu'elles remettent en cause le processus d'institutionnalisation de la base sociale de l'État-Nation, qui s'est constitué en France depuis la grande Révolution². Or, la reconnaissance, en droit, des minorités renvoie à la dialectique générale de l'égalité et de la différence et, donc, à deux interrogations qui sont liées :

- y a-t-il des entités intermédiaires entre les individus et l'État-nation, qui ont une identité juridique ?
- ont-elles des droits collectifs qui leur appartiennent ?

Fondamentalement et traditionnellement, le droit français répond non à ces deux questions. En effet, à la veille de la Révolution, Emmanuel Sieyès démontre bien comment, dans la Nation qui va se constituer, l'«égalité du civisme» ne peut être dénaturée par les «inégalités qui les différencient». « Je me figure, écrit-il, la loi au centre d'un globe immense ; tous les citoyens, sans exception, sont à la même distance sur la circonférence et n'y occupent que des places égales ; »³. Ainsi, dépouillés de leurs histoires particulières, les individus accèdent à la qualité de citoyens et ils élisent leurs représentants chargés de faire une loi égale pour tous.

D'ailleurs, des exemples récents perpétuent ce schéma conceptuel. Ainsi, dans un arrêt rendu le 9 avril 2002 par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles, la perquisition d'un juge d'instruction a été annulée, parce que cet acte a été considéré comme un «procédé déloyal» attentatoire aux droits de la défense. La demande de communication des pièces avait été faite auprès d'un tribunal ecclésiastique, afin de saisir des documents en possession de ce dernier, documents portant sur les confidences d'un religieux mis en examen pour «viols par personne ayant autorité». Pour soutenir sa décision, la chambre de l'instruction développe

1 La définition suivante a été donnée, en 1991, dans le cadre du Conseil de l'Europe par la Commission européenne pour la démocratie par le droit : « le terme « minorité » désigne un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État, en position non dominante, dont les membres, qui ont la nationalité de cet État, possèdent, des caractéristiques ethniques, religieuses et linguistiques différentes du reste de celles de la population et sont animés de la volonté de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue ». Il en ressort que la « minorité », pour être telle, doit avoir la nationalité de l'État en question, ce qui la distingue des autres groupes qui n'ont pas cette nationalité, mais qui peuvent être minorités économiques installées régulièrement sur le territoire de cet État. Elle doit se distinguer également par un aspect ethnique, religieux ou linguistique, ce qui exclut l'aspect sexuel par exemple. Quant à l'élément quantitatif, c'est à dire l'infériorité en nombre dans l'ensemble de la population nationale, il pose la question de la détermination d'un seuil, notamment sur certaines portions territoriales de l'État, où une « minorité » peut être majoritaire. L'élément subjectif – la volonté – est, pour sa part, très difficilement mesurable.

2 Sur cette définition, voir Stéphane Pierré-Caps : « Minorités », in « Dictionnaire de la culture juridique », sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, Puf, 2003, pp. 1028-1031.

3 In : « Qu'est-ce que le Tiers État ? », PUF, Quadrige, 1982, p. 88.

l'argumentation suivante : « La procédure canonique est régie par des obligations précises, comme celle, pour la personne qui dépose, de dire la vérité sous la foi du serment, fût-ce pour s'accuser, et par des règles procédurales particulières, fondées notamment sur le secret absolu, qui procède du secret professionnel des ministres du culte, et incite les personnes entendues à la confiance, dans le cadre d'une relation fondée sur le partage d'une même foi et des mêmes dogmes ». Au contraire, dans « la procédure pénale laïque », les personnes suspectées « ont le droit de ne pas répondre aux questions des enquêteurs, et ne prêtent pas le serment de dire la vérité ».

Par ailleurs, dans le cadre du conflit israélo-palestinien et ses répercussions en France, confrontées à la recrudescence des actes prenant pour cible des symboles, des biens et des personnes appartenant à la communauté juive, les plus hautes autorités de l'État mettent l'accent sur le refus du « communautarisme ». Dans la crainte d'un repliement, la France au contraire, affirme-t-on, doit être ouverte, c'est à dire : rester le pays des droits de l'homme, du respect de toutes les croyances et de l'indifférenciation entre les citoyens.

Même si ces deux exemples sont très différents, ils mettent à jour la tension extrême entre le holisme⁴ religieux et l'individualisme laïque. Dans le premier cas, les magistrats de Versailles rappellent la règle pénale laïque qui doit être la même pour tous et qui s'oppose à la règle pénale particulière d'un droit communautaire d'essence religieuse. Dans le second cas, aux dérives antisémites, s'oppose le droit républicain laïque, qui interdit les discriminations entre les personnes en raison de leur origine, de leur race et de leur religion.

Tout cela renvoie, comme en écho, à la coupure inaugurée par la Révolution française et toujours présente dans le droit public qui en est issu, c'est à dire : subsumer les identités spécifiques, communautaires ou minoritaires, dans l'identité juridique issue de la citoyenneté, dont la définition, qui s'articule autour du principe d'égalité, est inscrite dans l'article premier de la Constitution de 1958.

Alors, un constitutionnaliste français a-t-il quelque chose à dire sur le thème des minorités proposé à la réflexion ? La question des minorités ou des communautés ou encore du communautarisme n'est-elle pas en contradiction profonde avec la conception du droit que des générations de juristes et lui-même ont apprise ? La réponse positive à cette question vient immédiatement à l'esprit, tant l'arrière-plan intellectuel de ce juriste est borné par des mots ou groupes de mots antithétiques, puisqu'il n'y a pas de minorités dans la communauté nationale. C'est bien ce qui est inscrit dans la Constitution de 1958 : « la République est indivisible », « l'égalité de tous devant la loi interdit les distinctions d'origine, de race ou de religion » et « une section du peuple ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté

4 Holisme : du grec « olos », qui forme un tout, qui est entier. Ce terme désigne une structuration globale. L'ethnologue Louis Dumont l'a appliqué à des sociétés qui parviennent à intégrer dans un ensemble hiérarchique et stable des éléments divers et parfois contradictoires.

nationale ». Dans le fond, toutes ces formulations, contenues dans les articles 1 et 3, reposent sur le principe d'unité : la nation est une, le peuple est un, la loi est une et l'égalité juridique forge l'identité de l'«homme » et du «citoyen », par-delà les différences individuelles et les différences d'appartenances communautaires ou identitaires collectives.

Voilà l'héritage dont ce constitutionnaliste est tributaire. Et il s'agit d'un héritage exceptionnel et particulièrement fécond, puisque, a-historique et a-géographique, il est universel et vivant, alimentant sans cesse des revendications d'égalité en droits. C'est la raison pour laquelle le gouvernement s'oppose systématiquement aux clauses des conventions ou déclarations internationales, qui tendent à conférer des droits collectifs à des minorités et que l'article 27⁵ du Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'a pas lieu de s'appliquer en France. L'attitude a été la même au sujet de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l'Europe et adoptée par la plupart des États européens. En 1995, le Conseil d'État a estimé qu'elle est incompatible avec la Constitution, parce qu'elle prévoit la reconnaissance de ces minorités, un droit à l'utilisation des langues minoritaires et la création des conditions permettant aux personnes appartenant à ces minorités de participer effectivement aux affaires publiques, notamment celles les concernant.

À son tour, dans la décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 «Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », le Conseil constitutionnel, saisi par le président de la République, décide « qu'il résulte de ces dispositions combinées que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, en ce qu'elle confère des droits spécifiques à des «groupes » de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de «territoires » dans lesquels ces langues sont pratiquées, porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français ;

« Considérant que ces dispositions sont également contraires au premier alinéa de l'article 2 de la Constitution en ce qu'elles tendent à reconnaître un droit à pratiquer une langue autre que le français non seulement dans la «vie privée » mais également dans la «vie publique », à laquelle la Charte rattache la Justice et les autorités administratives et services publics ; ».

Cette décision, où résonne le refus de fragmenter le corps social, impose une conclusion : dans le droit français, il n'y a pas un droit des minorités, au sens où ce droit, en reconnaissant leur identité, leur accorderait des droits collectifs. Dans sa genèse et par nature, il n'y a pas en droit français d'entités intermédiaires entre le peuple et les individus, comme

5 Cet article dispose que : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées 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 ».

6 Depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, cet alinéa premier de l'article 2 est rédigé de la manière suivante : « La langue de la République est le Français ».

l'énonce l'article premier de la Déclaration de 1789 : « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ».

Et pourtant, le développement historique du principe d'égalité, plus que les critiques qui lui ont été adressées, a mis à jour ses contradictions intrinsèques. Tout le 19^{ème}. siècle est traversé, ensanglanté, par la question sociale, qui gît au cœur de la revendication d'égalité. Dès l'origine de la Révolution, une autre question est aussi apparue : comment combiner l'égalité et les différences culturelles entre les individus et les groupes ? Comment combiner la pluralité et l'égalité ? À cet égard, l'on sait que la solution s'est imposée au terme d'un long conflit, comme le démontrent l'histoire mouvementée des relations juridiques entre l'État et l'Église et celle de la liberté de l'enseignement.

Ce sont ces questions que suggère le sujet proposé, puisqu'il sous-entend que le rapport social ne se noue pas seulement dans un cadre communautaire national unifié, mais aussi dans des groupes différenciés plus étroits. Et c'est bien aujourd'hui ce qui fait problème : les particularités, donc les inégalités, ne tendent-elles pas à submerger le principe d'égalité ? Peut-on à la fois revendiquer le respect des différences et celui de l'égalité, ou est-ce impossible ?

Ce n'est donc pas un hasard si, depuis quelques années, il y a une réactivation de la pensée philosophique et juridique sur le principe d'égalité⁷, afin de faire face à l'expression d'identités spécifiques, communautaires ou minoritaires. Faut-il rester sur la rigueur de l'égalité en droit, au risque de retours brutaux et incontrôlables du holisme ? Ou faut-il composer avec ces résurgences, au risque de perdre l'héritage rappelé ? L'exceptionnel ne peut-il pas se retourner en son contraire, c'est à dire isoler le droit français parmi des droits comparables ? En effet, des droits européens admettent l'existence de communautés ou de minorités, comme en Grande-Bretagne ou en Italie. Le droit français peut-il toujours s'arc-bouter sur l'indifférenciation et rester imperméable aux particularismes ? Comment va-t-il réagir à la Charte européenne des droits fondamentaux, adoptée à Nice par le Conseil européen en décembre 2000, qui ne fait pas référence au principe de laïcité ? Or, celle-ci, en France, ne se réduit pas loin de là aux rapports entre l'Église et l'État ni au seul problème de l'école, puisque c'est la République qui est laïque. Autrement dit, avec la laïcité, l'individu, désorbité de l'ancienne cosmologie, est devenu le centre d'un monde, qu'il reconstruit à son image. C'est finalement en raison de l'extrême importance de ces interrogations, qu'un constitutionnaliste peut et doit même s'engager dans le débat proposé, avec toutefois une extrême prudence.

D'ailleurs, cette prudence est renforcée par le comparatisme. A priori, deux exemples, tirés l'un du droit américain et l'autre du droit

7 Pour une étude comparatiste du principe d'égalité en droit constitutionnel, l'on peut se reporter à : « Le principe d'égalité », 1^{er} Congrès de l'Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français, Conseil constitutionnel, Paris, avril 1997.

français, apportent des réponses extrêmes et opposées à la demande de reconnaissance des identités communautaires. Dans le premier cas, la politique de l'« affirmative action » a consisté à attribuer à des minorités ethniques des privilèges juridiques pour compenser les discriminations subies dans le passé, en particulier dans les domaines de l'éducation et de l'emploi. Dans le second cas, la proximité géographique de certains territoires conduit à souligner, s'il en était encore besoin, les conséquences de l'égalité en droit français. Dans l'océan indien, la Constitution de l'Ile Maurice reconnaît les communautés ethniques et garantit à chacune une représentation minimale au sein de l'Assemblée, tandis que l'Ile de la Réunion, département français, ne peut s'engager sur une telle voie ⁸.

Néanmoins aux États-Unis, la Cour suprême a évolué depuis son arrêt « Bakke » de 1978, qui a été le premier à autoriser une discrimination raciale positive. Dans l'arrêt « Adarand » du 12 juin 1995, elle précise que le Vème amendement et le XIVème amendement de la Constitution protègent des personnes et non des groupes, ce qui rejoint la position du droit français sur l'égalité de tous devant la loi. Ceci entraîne une importante conséquence en ce qui concerne les discriminations positives : elles sont a priori « suspectes » et l'auteur de la décision doit démontrer que la discrimination est « indispensable pour la promotion d'un intérêt prépondérant de l'État », le tout étant soumis à un contrôle très rigoureux de la part du juge constitutionnel⁹. Cette interprétation du juge américain ne rejoint-elle pas le souci du juge constitutionnel français ? En effet, ce dernier admet des normes différentes si deux conditions sont réunies : la différence de situation doit être objective et rationnelle et elle doit être en rapport avec l'objet de la loi qui établit la différence de traitement. Par ailleurs, lorsque les situations sont semblables, le Conseil considère que le législateur peut déroger à l'égalité uniquement pour des raisons d'intérêt général, qui doivent aussi être en rapport avec l'objet de la loi.

Mais comparaison n'est pas raison et une différence certaine existe toujours entre les droits américain et français. Celui-ci, contrairement à celui-là, interdit des discriminations fondées sur des distinctions d'origine et de race. Sont également interdites, au plus haut niveau des normes, des discriminations fondées sur la religion, le sexe ... Cependant, le juge constitutionnel a été confronté à des réalités communautaires religieuses, sexuelles ou culturelles et il a bien fallu qu'il résolve le problème qu'elles soulèvent au regard du principe d'égalité.

⁸ Exemple cité par Louis Favoreu, in commentaire sur la décision du Conseil constitutionnel du 9 mai 1991 sur le statut de la Corse, *Revue française de droit constitutionnel*, 1991, n° 6, p. 305.

⁹ Ces arrêts sont cités dans le Rapport public du Conseil d'État de 1996 sur le principe d'égalité, *Études et Documents*, La documentation française, n° 48, 1997, p. 70 .

III – AUJOURD’ HUI : RÉOLUTION DU PROBLÈME OÙ LES MINORITÉS INTERPELLENT L’ÉGALITE EN DROIT

L’analyse de la jurisprudence constitutionnelle prouve que la solution apportée est complexe. En effet, elle oscille entre trois attitudes : soit il y a refus qu’une communauté puisse retomber de tout son poids sur l’individu, soit il y a adaptation, soit le collectif identitaire prime sur l’individuel.

En ce qui concerne le refus de l’expression communautaire culturelle, c’est la décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 « Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse », qui condamne toute discrimination fondée sur l’histoire et la culture entre les citoyens français. L’article premier de la loi soumise au contrôle du Conseil était ainsi rédigé : « La République française garantit à la communauté historique et vivante que constitue le peuple corse, composante du peuple français, les droits à la préservation de son identité culturelle et la défense de ses intérêts économiques et sociaux spécifiques... ». En conséquence, la loi prévoyait, dans son article 53, l’insertion dans le temps scolaire de la langue et de la culture corse.

À propos du premier article, après avoir souligné que la Constitution distingue le peuple français des peuples d’outre-mer, le Conseil donne au législateur une véritable leçon de droit constitutionnel hérité de la Révolution : « Considérant que la France est, ainsi que le proclame l’article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l’égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ; que dès lors la mention faite par le législateur du « peuple corse, composante du peuple français » est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d’origine, de race ou de religion ; ».

C’est la raison pour laquelle, concernant l’article 53, la Haute instance considère que l’enseignement de la langue et de la culture corses « n’est pas contraire au principe d’égalité dès lors qu’il ne revêt pas de caractère obligatoire¹⁰ ; qu’il n’a pas d’avantage pour objet de soustraire les élèves scolarisés dans les établissements de la collectivité territoriale de Corse aux droits et obligations applicables à l’ensemble des usagers des établissements qui assurent le service public de l’enseignement ou sont

10 C’est ce caractère « obligatoire » de l’enseignement du breton cette-fois-ci, proposé par Jack Lang, qui a soulevé la réprobation du Conseil d’État et du Conseil supérieur de l’éducation. Les circulaires ministérielles tendaient à intégrer les écoles Diwan, pratiquant cet enseignement par immersion, dans le service public. Il était prévu que le breton serait la « langue d’enseignement et de vie quotidienne dans l’école. Elle est désormais « encouragée » en dehors des cours. Par ailleurs, il était également prévu que cette langue serait la « langue principale » des conseils de classe, conseils d’établissement, réunions de classe, conseils de discipline. Le nouveau projet de circulaire exclut le recours à une autre langue que le français dans le domaine administratif. Enfin, une modification est aussi introduite en ce qui concerne l’affectation des élèves. Les familles devront exprimer leur accord par écrit pour que leurs enfants soient affectés dans des établissements pratiquant l’immersion dans l’enseignement.

associés à celui-ci;». Dans cette décision, l'égalité et le refus de reconnaissance en droit constitutionnel de toute discrimination minoritaire ou communautaire retentissent avec force.

Il en est d'ailleurs de même dans la décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002 «Loi relative à la Corse», dans laquelle le Conseil rappelle que «le principe de libre administration des collectivités territoriales ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et, par suite, l'ensemble des garanties que celles-ci comportent dépendent des décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République;». Dans le fond, la jurisprudence constitutionnelle rejoint dans ce cas ce qu'écrivait Jean Rivero: le droit public français «s'attache à la généralité de la règle là où la personne est en cause».

Un autre débat intense a eu lieu à propos de la sous-représentation des femmes dans les institutions politiques et qui, lui, a donné lieu à des décisions très évolutives de 1982 à 2000¹¹. Ce délai souligne son aspect particulièrement intéressant, puisqu'il confronte le principe de l'universalité des droits politiques cette fois-ci, qui sont conçus dans l'indifférenciation (article 3 de la Constitution de 1958) et la réalité de la situation des femmes dans ce domaine d'où elles sont exclues très largement¹², alors qu'elles sont majoritaires sociologiquement. Plusieurs arguments ont été évidemment avancés¹³. D'un côté, le concept de parité devrait être refusée, parce qu'il substituerait le communautarisme à l'universalisme. D'un autre côté, il permettrait d'inscrire dans le droit le principe féminin, tout aussi universel que le masculin.

Dans le fond, la première proposition revendique la permanence de l'égalité abstraite, même si elle conduit, en fait, à une inégalité criante. La seconde fait de la dualité sexuelle la caractéristique naturelle de l'universalité et avancent que le droit politique devrait l'accueillir. De ce point de vue, cela cantonne les hommes dans un autre groupe sexuel

11 Comme on l'a souligné, la décision déjà citée du 18 novembre 1982 a censuré les quotas par sexe, au nom de l'indifférenciation des citoyens et du refus, sur la base de l'article 3 de la Constitution et de l'article 6 de la DDHC, de «toute division par catégorie des électeurs ou des éligibles en raison de leur sexe». Entre temps, un «Observatoire pour la parité» avait été créé en 1995, qui avait remis au premier ministre de l'époque, M. Alain Juppé, un rapport au début de 1997. Après la dissolution de 1997, la nouvelle «majorité plurielle» qui allait être élue, avait promis d'inscrire dans la Constitution un «objectif de parité entre les hommes et les femmes». Elle a choisi d'abord la voie législative. Mais la loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux a été censurée par le Conseil constitutionnel.

12 Janine Mossuz-Lavau: «De l'éligibilité des femmes: la France lanterne rouge de l'Europe», *Après-demain*, n° 380-381, janvier-février 1996, pp. 9-11.

13 Dans le camp des adeptes de la parité, on peut lire: Blandine Kriegel: *La parité? Une évidence*, *L'Express*, 10 octobre 1996; du même auteur: *Non, la mariée n'est pas trop belle*, *Le Monde*, 17 février 1999; Françoise Gaspard: *La parité, pourquoi pas? Pouvoir 1997*, n° 82; Sylviane Agacinski: *Contre l'effacement des sexes*, *Le Monde*, 9 février 1999. Dans le camp des «contre», voir: Elisabeth Badinter, *Non aux quotas des femmes*, *Le Monde*, 12 juin 1996; Elisabeth Badinter, Evelynne Pisier, Danielle Sallenave, *Trois arguments contre la parité*, *L'Express*, 11 février 1999.

universel. Il pourrait exister aussi un autre groupe universel en raison de l'âge, et l'on y distinguerait les jeunes des vieux...ou encore « la ménagère de moins de cinquante ans » des autres, comme le proposent les publicitaires ! La citoyenneté devrait-elle alors enregistrer ce que l'on appelle le sexisme et le « jeunisme » ? Sans aller jusque là, peut-on admettre que la représentation politique repose sur le seul critère sexuel ? C'est justement parce qu'il estime que ce critère n'est pas pertinent dans ce domaine que Robert Badinter a souligné qu'il ne fallait pas « toucher à l'article 3, qui est au cœur de la souveraineté républicaine »¹⁴. De plus, avant la révision constitutionnelle du 4 août 1995, l'article 3 découlait directement de l'article premier, puisqu'il constituait le premier alinéa de l'article 2. Pour l'ancien président du Conseil constitutionnel, le refus de la parité s'inscrit au cœur d'un principe fondamental en démocratie - « Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice » - qui interdit qu'on impose à la souveraineté du peuple d'élire des hommes et des femmes de manière égale. Pour ne pas « toucher » à l'article 3, d'autres moyens ont alors été avancés : interdire le cumul des mandats, modifier la législation sur le financement des partis politiques et, pour que la contrainte soit plus ferme, réviser seulement l'article 4, qui définit le rôle des partis et des groupements politiques.

Pendant ce temps là, deux décisions ont déclaré contraires à la Constitution des dispositions législatives tendant à instaurer une distinction entre candidats à des élections politiques en raison de leur sexe et, donc, à déroger à l'article 3 de la Constitution de 1958 et à l'article 6 de la DDHC. La première, n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, a concerné une loi modifiant l'article L. 260 bis du code électoral de la manière suivante : « Les listes de candidats ne peuvent comporter plus de 75% de personnes de même sexe ». Se saisissant d'office, le Conseil a considéré que du rapprochement des textes constitutionnels, « il résulte que la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et d'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour des raisons tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ; que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles ; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux ;

« Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la règle qui, pour l'établissement des listes soumises aux électeurs, comporte une distinction entre candidats en raison de leur sexe, est contraire aux principes constitutionnels ci-dessus rappelés ; ainsi, l'article L. 260 bis du code électoral tel qu'il résulte de l'article 4 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel doit être déclaré contraire à la Constitution ; ».

C'est en contrôlant la « Loi relative au mode d'élection des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils

14 Sur le refus de la modification de l'article 3, voir Robert Badinter. Cf. Entretien accordé au Monde, in « Le Monde », 14-15 février 1999.

régionaux », que le Conseil va rendre la seconde décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, où il réaffirme l'universalisme des principes politiques républicains. Dans le texte déféré, un article 4 modifiait l'article L. 346 du code électoral en disposant : « Chaque liste assure la parité entre candidats féminins et masculins ; ». Les juges constitutionnels ont considéré que : « en l'état actuel, et pour les motifs énoncés dans la décision du 18 novembre 1982, la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et d'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont exclus ni pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ni pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu, sans que puisse être opérée une distinction entre électeurs et éligibles en raison de leur sexe ; que, par suite, les dispositions contestées doivent être déclarées contraires à la Constitution ; ».

Mais la censure du Conseil sera surmontée par la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999, qui modifie la rédaction des articles 3 et 4 de la Constitution de 1958¹⁵. Dans ce sillage, le Conseil va rendre deux décisions dans le courant de l'année 2000, dans lesquelles il ne pourra que déclarer conformes à la Constitution des dispositions législatives mettant en œuvre cette révision. D'une part, il s'agit de la décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000 « Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives », dans laquelle il est jugé que : « les dispositions critiquées de la loi déferée fixant des règles obligatoires relatives à la présence de candidats de chaque sexe dans la composition des listes de candidats aux élections se déroulant au scrutin proportionnel entrent dans le champ des mesures législatives que le législateur peut désormais adopter en application des nouvelles dispositions de l'article 3 de la Constitution ; qu'elles ne méconnaissent aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelles auxquels la loi constitutionnelle susvisée n'a pas entendu déroger ; ». D'autre part, la décision n° 2000-430 DC du 29 juin 2000 « La loi organique tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats de membres des assemblées de province et du congrès de la Nouvelle-Calédonie, de l'assemblée de la Polynésie française et de l'assemblée territoriale des îles Wallis-et-Futuna » déclare conformes à la Constitution les dispositions suivantes de la loi déferée : « Sur chacune des listes, l'écart entre le nombre des candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un. Chaque liste est composée alternativement d'un candidat de chaque sexe ».

Ne concernant pas une communauté ethnique ou culturelle territorialisée ou encore sexuelle, d'autres évolutions sont encore plus significatives d'un infléchissement des principes contenus dans la Constitution de 1958 et les autres textes qui constituent le bloc de

15 L'article 3 est complété par un alinéa ainsi rédigé : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ».

L'article 4 sur les partis politiques est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Ils contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au dernier alinéa de l'article 3 dans les conditions déterminées par la loi ».

constitutionnalité. Déjà, d'une manière générale, bien que la DDHC affirme dans son article premier « l'égalité en droits » ce qui n'exclut en principe aucun domaine, le juge constitutionnel n'utilise jamais cette norme de référence. Pour sanctionner une atteinte à l'égalité, il va se référer à d'autres articles, tel l'article 6 ou encore l'article 13.

Plus spécifiquement, des droits appartenant à des entités collectives vont l'emporter sur des droits individuels. Sur le plan religieux, la question a été abordée par le biais des établissements d'enseignement privé, dont 90% sont de type confessionnel, et elle a donné lieu à une jurisprudence contradictoire. Tout d'abord et de manière conforme à la solution traditionnelle du droit français, le Conseil, saisi d'une proposition de loi modifiant la loi dite Debré de 1959 et comportant des dispositions concernant les maîtres de l'enseignement privé, décide que le « caractère propre d'un établissement lié par contrat à l'État... n'est que la mise en œuvre de la liberté de l'enseignement » et que celle-ci constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Mais en même temps, « la liberté de conscience », qui trouve sa source dans l'article 10 de la DDHC et dans le préambule de la Constitution de 1946, doit être également considérée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République et bien sûr concerner les maîtres de ce type d'établissement. A la suite de cette décision, l'on pouvait conclure que le « caractère propre », donc collectif de l'établissement, n'entravait pas l'individu, puisque sa liberté de conscience était préservée (décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1997).

Ensuite, dans la décision n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, le Conseil accroît par contre les prérogatives des établissements privés. Alors que la loi dite Chevènement ne se référait pas à leur « caractère propre », les juges du Palais Montpensier ajoutent que l'obligation de respecter ce dernier impose aux maîtres « d'observer dans leur enseignement un devoir de réserve ». Or, cette obligation¹⁶, qui est imposée au fonctionnaire public, limite la forme et non le fond de l'opinion exprimée et, dans le cadre de son enseignement, le maître de l'enseignement public doit aussi respecter l'obligation de neutralité, c'est à dire : qu'il ne doit privilégier aucune doctrine. Il y a donc ici dissociation entre les maîtres de l'enseignement public et ceux de l'enseignement privé, le « caractère propre »¹⁷ de ce dernier l'emportant sur la liberté de conscience des enseignants travaillant dans des établissements sous contrat d'association avec l'État. L'obligation de respecter le « caractère propre » permet également au chef d'établissement « de s'opposer à tout recrutement incompatible » avec elle.

La décision rapportée place donc la liberté de conscience des maîtres des établissements privés d'enseignement sous contrat d'association avec

16 Cette obligation est une création purement jurisprudentielle. L'arrêt fondateur du Conseil d'État est celui qu'il a rendu en section le 11 janvier 1935 « Bouzanquet ».

17 Dans le même sens, dans l'arrêt « Dame Roy c/ Association Sainte-Marthe » du 19 mai 1978, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, tout en se situant dans le cadre du contrat, avait fait primer le « caractère propre » de cet établissement et avait débouté la requérante licenciée pour s'être remariée après avoir divorcé.

l'État sous la dépendance du « caractère propre » de ces derniers. En conséquence, ce sont les règles de la communauté de travail - qui, en l'occurrence, sont souvent d'essence religieuse-, qui sont sur-déterminantes par rapport à une liberté individuelle pourtant consacrée par la DDHC, le Préambule de 1946 et encore par la Constitution de 1958.

Quant aux discriminations fondées sur une origine identitaire ou sur une base ethnique qui sont territorialisées, la jurisprudence constitutionnelle est très ambiguë en ce qui concerne les territoires d'outre-mer. Ainsi, l'évolution de la Nouvelle-Calédonie permet d'en être convaincu, même lorsqu'elle faisait encore partie de cette catégorie de collectivités. Dans la décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, certes le Conseil estime que, en vertu du principe d'égalité, la représentation des populations doit être opérée selon des bases essentiellement géographiques et que si d'autres impératifs d'intérêt général peuvent être pris en compte, ils « ne peuvent cependant (l'être) que dans une mesure limitée qui, en l'espèce, a été manifestement dépassée ». Face à la volonté législative de donner à l'ethnie mélanésienne une représentation supérieure à son poids démographique, le Conseil acceptait donc la sur-représentation, mais indiquait qu'il fallait qu'elle soit moindre. C'est le même raisonnement qui est tenu dans une autre décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, dans laquelle il a validé une nouvelle disposition qui, a-t-il considéré, ne dépasse pas l'autorisation qu'il avait antérieurement donnée pour déroger au principe d'égalité en droit. Le Conseil a donc admis que le législateur puisse, en vertu de l'article 74 de la Constitution, « instituer et délimiter des régions dans la cadre de l'organisation particulière d'un territoire d'outre-mer en tenant compte de tous éléments d'appréciation de la répartition géographique des populations ». Ainsi, selon lui, le partage en quatre régions de la Nouvelle-Calédonie aboutissant à instituer trois régions dominées par les Canaques et la région de Nouméa dominée par les Caldoches, ne constituait pas une discrimination fondée sur un critère ethnique portant atteinte au principe d'égalité.

Depuis la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998¹⁸, la Nouvelle-Calédonie est régie par des dispositions totalement indépendantes de celles

18 Cette révision a rétabli le titre XIII de la Constitution désormais intitulé : « Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie », qui comprend deux articles 76 et 77 ainsi rédigés :

- Art. 76 : « Les populations de la Nouvelle-Calédonie sont appelées à se prononcer avant le 31 décembre 1998 sur les dispositions de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1988 et publié le 27 mai 1988 au Journal officiel de la République française.

Sont admises à participer au scrutin les personnes remplissant les conditions fixées à l'article 2 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988.

Les mesures nécessaires à l'organisation du scrutin sont prises par décret en Conseil d'État délibéré en conseil des ministres. »

- Art 77 : « Après l'approbation de l'accord lors de la consultation prévue à l'article 76, la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre :

qui concernent les collectivités d'outre-mer (le Titre XIII de la Constitution lui est entièrement consacré) et elle n'est plus dénommée « territoire ». Ceci retentit dans la décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 sur la loi organique relative à ce territoire, dans laquelle le contrôle de discriminations interdites par l'article premier de la Constitution de 1958 est très pragmatique, voire accompagne le processus politique de délitement des principes républicains unitaires initié par la législature. Bien que le Conseil soit très restreint par l'« Accord de Nouméa » du 5 mai 1988 et par la révision constitutionnelle, il déclare conformes les dispositions législatives relatives à la « citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie », celle-ci étant définie selon une durée de résidence de « dix ans à la date de l'élection au congrès et aux assemblées de province ». Il en est de même en ce qui concerne « les signes identitaires permettant de marquer la personnalité de la Nouvelle-Calédonie aux côtés de l'emblème national et des signes de la République », comme de la possibilité pour ce territoire de « modifier son nom ». Par ailleurs, dans le but de promouvoir l'emploi local, ne sont pas contraires à la Constitution des « lois du pays¹⁹ », que la Nouvelle-Calédonie « prend au bénéfice (de ses) citoyens et des personnes qui justifient d'une durée suffisante visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié », tout comme elle peut le faire pour les emplois dans la fonction publique ou encore pour l'accession à une profession indépendante. Outre la définition de l'électorat, c'est également le statut civil du citoyen de Nouvelle-Calédonie qui est différent de celui des autres citoyens de la République.

Ainsi, aux marges de la République, n'assiste-t-on pas à la mise en place d'une entité néo-calédonienne, dont les prémices avaient été posés dès 1985 ? En effet, le Conseil constitutionnel considérait déjà que « le rôle (du congrès) comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration territoire ». Implicitement, c'était reconnaître juridiquement le rôle politique de cette institution, ce qui n'est évidemment pas le cas pour les autres assemblées délibérantes des autres collectivités territoriales de la République. Alors, cette entité, reposant sur une

-
- les compétences de l'État qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie, l'échelonnement et les modalités de ces transferts, ainsi que la répartition des charges résultant de ceux-ci ;
 - les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante pourront être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel ;
 - les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier ;
 - les conditions et les délais dans lesquels les populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie seront amenées à se prononcer sur l'accession à la pleine souveraineté.

Les autres mesures nécessaires à la mise en œuvre de l'accord mentionné à l'article 76 sont définies par la loi. »

19 La décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000, « Loi du pays relative à l'institution d'une taxe générale sur les services » définit les conditions procédurales d'adoption de ces lois.

discrimination identitaire à l'intérieur du peuple français²⁰ - les citoyens français de Nouvelle-Calédonie peuvent être aussi citoyens néo-calédoniens²¹ - s'incère-t-elle dans un ensemble fédéral ou dans un État composé d'autonomies, voire deviendra-t-elle indépendante²² ? La Nouvelle-Calédonie restera-t-elle l'exception²³ ou peut-elle être un laboratoire d'expérimentation pour d'autres séparatismes d'avec la République, concernant même des territoires situés à l'intérieur du territoire continental européen de cette dernière²⁴ ?

On le constate, les différences, concernant des identités collectives culturelle, religieuse, sexuelle et territoriale, secrètent des solutions jurisprudentielles contrastées, qui perturbent le mode traditionnel de construction de l'égalité en droit, base de la Nation. C'est ce qui oblige à regarder d'un œil neuf l'héritage rappelé plus haut, ce qui est loin d'être sans

20 La décision n° 2000-428 du 4 mai 2000 « Loi organisant une consultation de la population de Mayotte » rejette l'argument des requérants, qui estimaient que la consultation isolait le « peuple mahorais » du peuple français. Le Conseil, se fondant sur la distinction constitutionnelle entre celui-ci et les peuples d'outre-mer, entérine la remise en cause du principe d'unité du peuple français.

21 Il est vrai que, depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, la nationalité française n'est plus la condition de la citoyenneté française. Selon les termes de l'article 88-3, « le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France ».

22 Cette notion d'autonomie était prévue dans l'article 77 de l'ancien Titre XIII qui, en 1958, avait institué « la Communauté ». Ce titre a été abrogé par la révision constitutionnelle du 4 août 1995 et il a été rétabli en 1998. Il est désormais intitulé : « Dispositions transitoires à la Nouvelle-Calédonie » et il est composé de deux articles mentionnés dans la note 5 ci-dessus.

23 En ce sens, dans la décision n° 96-376 du 9 avril 1996 relative au nouveau statut de la Polynésie française, le Conseil considère que « ni le principe de libre administration de collectivités territoriales ni la prise en compte de l'organisation particulière du territoire d'outre-mer ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et par suite des garanties que celles-ci comportent dépendent des décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République ». Par ailleurs, la décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000 sur la loi d'orientation pour l'outre-mer déclare non conforme à la Constitution l'alinéa 3 de l'article premier de la loi déferée, qui disposait que « La présente loi a également pour objet de poursuivre, avec les départements d'outre-mer et Saint-Pierre-et-Miquelon, la rénovation du pacte qui unit l'outre-mer à la République ». Le Conseil rappelle que ces collectivités font partie intégrante de la République et qu'il convient de distinguer entre l'article 73 de la Constitution et l'article 74. Ainsi, les DOM ont le même statut que les départements métropolitains « sous la seule réserve d'adaptations nécessitées par leur situation particulière ; que ces adaptations ne sauraient avoir pour effet de doter les départements d'outre-mer d'une « organisation particulière » au sens de l'article 74 de la Constitution, réservée aux seuls territoires d'outre-mer ; ».

24 Dans la décision n° 79-59 DC du 30 décembre 1975, le Conseil a donné une interprétation constructive de l'article 53 de la Constitution de 1958 à propos de l'accession des Comores à l'indépendance. Pour lui, les dispositions de cet article « doivent être interprétées comme étant applicables, non seulement dans l'hypothèse où la France céderait à un État étranger ou bien acquèrerait de celui-ci un territoire, mais aussi dans l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un État indépendant ou y être rattaché ». De quel territoire de la République s'agit-il ? Est-ce seulement un TOM, comme l'étaient les Comores ? Ou est-ce n'importe quel territoire ?

risque. En effet, en France, les solutions jurisprudentielles et la doctrine juridique sont très réticentes à l'égard des minorités.

IV CONCLUSION PROBLÉMATISÉE OU INTRODUCTION DE NOUVEAUX PROBLÈMES ?

Peut-on toujours, avec une tranquille assurance, affirmer que le peuple français est composé d'individus indifférenciés et qu'il ne peut y avoir de discriminations entre eux ? Peut-on affirmer que le droit français protège chaque individu contre les risques de son appartenance à sa propre communauté ? La réponse positive à ces questions est très loin de s'imposer, malgré ce que conclut une grande partie de la doctrine juridique²⁵.

L'on peut effectivement en douter dans le cadre de l'organisation territoriale de la République Française. Mise à part la Nouvelle-Calédonie, d'autres aménagements territoriaux sont également liés à l'acceptation d'identités différenciées et l'on sait toute l'importance historique du territoire dans le processus de construction de la communauté nationale et de l'État. Aujourd'hui, il existe bien plusieurs territoires : celui de l'État évidemment, mais aussi celui de chacune des collectivités territoriales depuis la réforme décentralisatrice inaugurée par la loi du 2 mars 1982. En outre, le sens du mot « territoire » employé dans l'article 53 n'est pas le même lorsqu'il s'agit « des territoires » d'outre-mer de l'article 74. Les TOM ont donc une « organisation particulière » qui repose sur un principe : celui de leur spécificité et de leur particularité qui l'emporte sur le principe de l'assimilation. Et encore, il convient de distinguer dans la catégorie des TOM, la Polynésie française dont le statut d'autonomie a été fixé par la loi organique n° 96-132 du 12 avril 1996, des îles Wallis et Futuna qui ne sont pas autonomes. De leur côté, les départements d'outre-mer n'ont pas d'« organisation particulière », puisque leur statut doit être le même que celui des départements métropolitains²⁶. Cependant et conformément à l'article 73 de la Constitution, le législateur peut prendre à leur égard « des mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière ». Parmi les collectivités territoriales de droit commun dont le statut est défini par l'article 72 de la Constitution, la Corse, qui a une « identité culturelle », a néanmoins une « organisation spécifique » conforme à cet article (décision du 9 mai 1991).

Liée à la diversité de l'organisation territoriale, une question essentielle surgit : est-ce que les droits et libertés personnels sont d'application uniforme sur tout le territoire de la République ? À cet égard, l'on note aussi une très grande variation terminologique dans la jurisprudence, ce qui rend incertaine la valeur et la portée des normes dégagées dans le domaine si sensible de l'individualisme confronté au

25 C'est la position par exemple de Ferdinand Mélin-Soucramanien : « Le principe d'égalité entre collectivités locales », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 12, 2002, particulièrement p. 95.

26 Décision de principe : n° 82-147 DC du 2 décembre 1982.

particularisme. Quant à lui, le Conseil d'État refuse que le pouvoir réglementaire puisse être attribué aux collectivités territoriales dans le domaine des « conditions essentielles d'exercice », des libertés publiques et, en l'occurrence, de la liberté d'association (Arrêt d'assemblée du 29 avril 1994, « Haut commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie »). Pour sa part, si le Conseil constitutionnel reconnaît à la collectivité territoriale de Corse le pouvoir de fixer des règles adaptées aux spécificités de l'île lorsque le législateur l'a habilitée, comme son voisin du Palais Royal, il refuse aussi ce pouvoir réglementaire dans ce domaine. Mais le refus est formulé autrement par les conseillers du Palais Montpensier, puisqu'il intervient « lorsque est en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental » (considérant 10 de la décision du 17 janvier 2002). La différence rédactionnelle avec le Conseil d'État est encore accentuée, car « le principe de libre administration des collectivités territoriales ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et, par suite l'ensemble des garanties que celles-ci comportent dépendent des décisions de collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire » (considérant 12 de la même décision)²⁷.

Dans une autre domaine, le problème difficile de la conciliation des règles de type holiste avec l'espace républicain laïque individualiste et égalitaire a pris une particulière ampleur dans les établissements d'enseignement public confrontés au port du voile islamique par des élèves musulmanes. Dans son avis du 27 novembre 1989, le Conseil d'État a indiqué, d'une part, que le port de signes d'appartenance religieuse ne doit pas constituer un acte de provocation ou de prosélytisme, ni troubler le fonctionnement normal du service public. En conséquence, le voile islamique peut être porté, à condition de ne pas être un signe ostentatoire d'appartenance religieuse. D'autre part, il a estimé que le droit de manifester

27 Depuis que cet article a été rédigé, l'importante loi constitutionnelle du 23 mars 2003 est intervenue, qui n'infirme pas ce qui a été écrit antérieurement, au contraire. Elle met l'accent sur la différenciation et l'altérité, comme le démontrent les dispositions suivantes :

- le Sénat est renforcé dans son statut de chambre parlementaire représentative des collectivités territoriales, puisque les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales lui sont soumis en premier lieu ;
- les régions font leur entrée dans la norme fondamentale et sont donc désormais formellement constitutionnalisées comme les communes et les départements ;
- par ailleurs, pour que les collectivités territoriales puissent être le mieux à même d'exercer leurs compétences, le pouvoir réglementaire dont elles disposent est également constitutionnellement reconnu ;
- il en va de même de la reconnaissance du pouvoir d'expérimentation législative sur habilitation propre, afin de déroger, dans le cadre de leurs compétences, aux dispositions législatives et réglementaires existantes ;
- la Constitution contient aussi des dispositions relatives à la garantie de l'autonomie financière et à l'existence de dispositifs de péréquation, afin de palier les inégalités de ressources ;
- l'altérité varie en intensité, selon qu'il s'agit des collectivités métropolitaines – et encore parmi elles, la Corse a un statut particulier – ou des collectivités d'outre-mer.

sa religion ne doit pas faire «obstacle à l’accomplissement des missions dévolues par le législateur au service public de l’éducation, lequel doit notamment ...favoriser l’égalité entre les hommes et les femmes ». De ce point de vue, le voile islamique peut être condamné, puisqu’il introduit, en lui-même, une inégalité entre les hommes et les femmes. Il est revenu au Conseil d’État, en tant que juge cette-fois, de préciser son avis. Ainsi et afin d’apaiser les passions, il a considéré que les décisions d’exclusion de jeunes filles portant ce voile sur la seule base d’une interdiction générale devaient être annulées. De telles décisions seraient par contre acceptables si, au cas par cas, le port du signe d’appartenance religieuse a « le caractère d’un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, ou (conduit) à perturber l’ordre dans l’établissement ou le déroulement des activités d’enseignement » (Cf. CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa*, CE, 14 mars 1994, *Ylmaz*, CE, 10 juillet 1995, *Association sysiphe et Ministre de l’Education nationale c/ Melle Saglamer*)²⁸.

Hors du domaine de la représentation politique, des inégalités existent aussi et il faut tenter de les réduire. Il est désormais admis que le fondement de la démocratie risque d’être affaibli si des inégalités sociales, économiques ou culturelles perdurent. En effet, elles placent les individus dans des situations difficiles et peuvent même les entraîner dans processus d’enfermement de type communautaire. L’égalité des chances prend ici le relais d’une égalité en droits défaillante. Du même coup, la référence idéale de la première change par rapport à la seconde : il s’agit désormais de concevoir une égalité plus juste, plus équitable²⁹, afin de ne pas fracturer le corps social en différents groupes irréconciliables. Les exemples d’application de ce changement de valeur, qui tend à promouvoir une égalité plus réelle, sont désormais nombreux en droit administratif dans les domaines fiscal, social, scolaire, de l’aménagement urbanistique et territorial.

Au plan du droit constitutionnel, la recherche de l’équité³⁰ sous-tend d’ailleurs plusieurs décisions. Déjà, dans la décision n° 90-264 DC du 22 mai 1990, le Conseil avait considéré «que promouvoir le logement des

28 Depuis que cet article a été rédigé, le débat sur le port des signes religieux distinctifs à l’école publique s’est à nouveau enflammé. Au point que le législateur est intervenu par la loi du 3 mars 2004, qui devra entrer en vigueur en septembre de la même année. C’est à nouveau la loi surplombante, générale et impersonnelle, dont la conception est issue du modèle républicain classique et dont on attend qu’elle résolve ces questions. L’article premier énonce : “Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le règlement intérieur rappelle que la mise en oeuvre d’une procédure disciplinaire est précédée d’un dialogue avec l’élève”.

29 Sur l’idée d’équité, voir : Marie-Luce Pavia : Remarques méthodologiques autour du retour de l’équité dans le jugement », *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 2000. 46, pp. 111-139.

30 L’on retrouve l’équité dans le droit administratif. En effet, l’arrêt «Cames » du 21 juin 1895 inaugure la jurisprudence du Conseil d’État sur les risques professionnels et dans le domaine de la responsabilité médicale. Cf. l’article de Pierre-André Lecocq : «L’équité prétorienne du Conseil d’État », in *revue Histoire de la Justice*, 1998, pp. 99-140.

personnes défavorisées répond à une exigence d'intérêt national». Puis, découlant du principe de dignité, il découvre plus tard un nouvel objectif à valeur constitutionnelles relatif à «la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent» (décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995). L'équité est également présente dans la décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, Loi relative à l'aide aux investissements des établissements privés par les collectivités territoriales. Dans ce cas, le Conseil va bien au-delà des limites de sa position habituelle concernant l'obligation de règles égales pour des situations semblables, en considérant que la loi ne comportait pas de «garanties suffisantes pour éviter que (ces) établissements puissent se trouver dans une situation plus favorable que celle des établissements publics, compte tenu des charges et obligations de ces derniers.

L'on peut citer aussi la décision n° 2000-438 DC du 10 janvier 2001 «Loi organique destinée à améliorer l'équité des élections à l'assemblée de la Polynésie française». Il y est jugé que cette loi est conforme à la Constitution, au motif suivant : «eu égard aux résultats du dernier recensement de la population des divers archipels composant la Polynésie française, l'article 1^{er} réduit les écarts démographiques de représentation par rapport aux dispositions antérieures ; qu'ainsi, le législateur a mieux assuré le respect du principe selon lequel une assemblée élue au suffrage universel direct doit l'être sur des bases essentiellement démographiques, principe qui découle de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et des articles 1^{er} et 3 de la Constitution ; qu'il n'y a dérogé que dans une mesure limitée pour tenir compte de l'impératif d'intérêt général qui s'attache à la représentation effective des archipels les moins peuplés et les plus éloignés ; ». Voilà un bel exemple de politique jurisprudentielle, qui permet au juge constitutionnel de désamorcer, en raison des réalités locales, une tension politique qui serait née de l'application du strict respect de l'égalité. Ce faisant, en corrigeant l'égalité abstraite conçue a priori, il en renouvelle la problématique.

Il en est encore ainsi dans la décision n° 93-239 DC du 13 janvier 1994 «Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales». Celle-ci tendait à abroger l'article 69 de la loi Falloux aux termes duquel les subventions que les établissements d'enseignement privés peuvent recevoir de la part de l'État, des départements et des communes ne peuvent excéder un dixième des dépenses annuelles de l'établissement. Le Conseil considère que «s'agissant des conditions requises pour l'octroi des aides des différentes collectivités territoriales, l'article 2 ne comporte pas les garanties nécessaires pour assurer le respect du principe d'égalité entre les établissements d'enseignement privé sous contrat se trouvant dans des situations comparables ; ». La doctrine a estimé que cet article a été déclaré contraire à la Constitution, parce que le Conseil aurait établi une hiérarchie entre deux principes de valeur constitutionnelle : le principe de libre administration et le principe d'égalité en faisant primer celui-ci sur celui-là. Il est vrai que, à l'époque, l'explication trouvait sa source dans l'article 2 de la Constitution alors en vigueur, qui interdit les discriminations en raison de l'origine, de la race ou de la religion. Toutefois, le Conseil considérait aussi que les dispositions de l'article 2 «ne comportent pas non plus de garanties

suffisantes pour éviter que des établissements d'enseignement privés puissent se trouver dans une situation plus favorable que celle des établissements d'enseignement public, compte tenu des charges et des obligations de ces derniers ; ». Ainsi, l'équité était également présente, puisque, dans ce cas, le Conseil allait bien au-delà de sa position habituelle concernant l'obligation de règles égales pour des situations semblables. Par ailleurs, il convient de remarquer que l'article premier de la loi a été jugé conforme à la Constitution et qu'il déclarait solennellement que « les collectivités territoriales de la République concourent à la liberté de l'enseignement dont l'exercice est garanti par l'État ».

L'on peut tirer deux conclusions de tous ces exemples. En premier lieu, *il apparaît plutôt que le juge constitutionnel va rechercher un équilibre*, toujours instable et pouvant être remis en cause, entre l'indifférenciation inscrite parfois dans les discriminations interdites par la Constitution elle-même et l'acceptation d'identités différenciées par rapport à celle de la communauté nationale. Parce que c'est le patrimoine juridique républicain et démocratique qui est en cause, la demande de plus en plus pressante de reconnaissance des identités communautaires est souvent emplies de passions, que l'on accepte ces revendications ou qu'on les refuse. Quant au juge, il lui revient d'user des concepts d'indivisibilité³¹, d'universalité et d'égalité dans des configurations historiques concrètes très différentes.

En second lieu, l'analyse entreprise a tendu à démontrer, d'autre part, que si le mot « minorité » est utilisé dans la terminologie du droit constitutionnel français, c'est pour en nier la reconnaissance sur le terrain juridique. Pourtant, d'autre part, l'évolution de ce droit est perceptible en sa faveur et, par conséquent, il s'ouvre aux revendications du « communautarisme ». Mais, en même temps et d'autre part, au mot « minorité » est substitué celui de « différences de situation », qui ne peuvent être tolérées en principe qu'en raison de l'intérêt général. Sans doute. Mais force est de constater aussi l'ambivalence du Conseil constitutionnel : d'un côté, il préserve les principes d'égalité et d'universalité ; d'un autre côté, lorsque le pouvoir constituant en décide autrement, il l'accompagne. En outre, il procède avec beaucoup de pragmatisme, dans le cas où la solution pourrait produire un effet contraire de celui recherché, s'il maintenait la fermeté des principes.

En conséquence, au cœur du droit, l'espace juridique n'est plus homogène, puisque des césures y sont désormais introduites. L'on rejoint par là l'enjeu essentiel souligné en introduction : peut-on admettre, dans un droit qui la refuse traditionnellement, une altérité collective autre que l'État

31 Il convient de remarquer que, dans la Constitution de 1958, la République est seulement « indivisible ». Or, ce terme est récent. En effet, dans les anciennes Constitutions, c'est plutôt le terme d'« unité » qui qualifie la République (1793, 1795, 1799, 1848). Sans doute la Constitution de 1946 proclame que la République est « indivisible » dans son Titre premier, mais dans son Titre X relatif aux collectivités territoriales, la République est « une et indivisible ». À s'en tenir au sens usuel des mots, l'« indivisibilité » ne peut absolument pas se diviser, tandis que l'« unité » peut être décomposée. Ne dit-on pas qu'une manifestation est unitaire, lorsqu'elle regroupe plusieurs partis ou plusieurs syndicats ?

qui met en jeu l'unicité sociale de la nation ? Pour tenter de clarifier les termes du débat, la question importante devient : de quels outils intellectuels dispose-t-on pour essayer de comprendre ces évolutions du droit ? Car, il s'agit de l'une des questions majeures qui est posée à la société française contemporaine, c'est à dire : tenter de réduire les tensions entre respect de l'égalité en droit et respect des différences.

Pour ne pas perdre l'héritage révolutionnaire, sur le plan de la réflexion philosophique concernant la construction de l'identité, Paul Ricoeur³² ouvre une voie. Il propose un modèle narratif herméneutique applicable au droit, qui est lui-même un récit traversé par le temps. Il indique aussi, à la suite d'Aristote, que la justice s'effectue sur deux pentes : l'une ascendante qui tend vers l'universel, l'autre descendante qui tend vers la concrétisation des principes. Il en résulte que, plutôt que d'être pensé a priori, de façon abstraite et atemporelle, le sujet n'existe que dans sa relation avec autrui, qui est son égal. En même temps, il faut permettre que les projets de chacun – individu ou groupe – puissent se réaliser. Ainsi, l'égalité se construit la fois dans l'autonomie et l'hétéronomie. Comme il est suggéré aussi, dans le trajet de la concrétisation des principes³³, se loge à nouveau la « vieille » notion d'équité, qui permet de régler de manière fluide des situations d'incertitude ou de conflit³⁴. Avec elle, il s'agit de rechercher, selon le philosophe, un équilibre prudent « juste entre le légal et le bon ».

Par ailleurs, comme le remarque André-Jean Arnaud³⁵, la complexité postmoderne décentre le « sujet/monde » du jusnaturalisme moderne. Plusieurs droits peuvent ainsi se juxtaposer, se compléter, coexister, ce qui permet de resituer l'homme dans le monde et dans des entités autres que l'État. En conséquence, le droit et les droits de l'homme évoluent. À l'égard de ces derniers, l'on voit se développer deux sous-systèmes de droits : l'un dans la ligne des droits économiques et sociaux, issus d'une conception objective du droit³⁶, l'autre relatif aux droits-libertés, issus d'une conception

32 Paul Ricoeur : « Soi-même comme un autre », Paris Seuil 1990. Voir également Pierre Bourretz : « Sur la philosophie politique de l'égalité », in : Conseil d'État « rapport public 1996 : sur le principe d'égalité », op. cit., 477-486.

33 La décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française, illustre parfaitement ce travail d'effectuation des principes. Dans un domaine très sensible, le Conseil va interpréter l'article 2 de la Constitution qui dispose : « La langue de la République est le français ». Il considère, sur la base de l'article 11 de la Déclaration de 1789, « que (la liberté d'expression) implique le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée ; que la langue française évolue, comme toute langue vivante, en intégrant dans le vocabulaire usuel des termes de diverses sources, qu'il s'agisse d'expressions issues de langues régionales, de vocables dits populaires, ou de mots étrangers ».

34 Dans cette perspective, l'exception d'inconstitutionnalité devrait avoir droit de cité en France.

35 Op. cit., particulièrement pp. 147-178.

36 L'on se sépare ici d'une conception doctrinale majoritaire, qui persiste à rejeter les droits sociaux, parce que issus d'une conception objective du droit.

subjective du droit³⁷. Il y a également évolution en ce qui concerne les droits collectifs³⁸ appartenant à des groupes, qu'il convient de leur reconnaître. Dans ce cas, l'essentiel bien sûr est que le holisme ne submerge pas l'individualisme.

Dans le cadre d'une réflexion plus juridique, il faut admettre, à la suite d'Etienne Picard³⁹, que la méthode en droit ne réside pas – plus ? - dans la déduction, mais dans l'induction, ce qui permet de relativiser et d'évaluer⁴⁰ une fundamentalité du régime des droits, qui n'est pas arrêtée une fois pour toute. Il en résulte que, sur la plan du raisonnement juridique, l'évaluation cohabite aussi avec le syllogisme classique.

Toutes ces argumentations sont intéressantes, parce qu'elles prennent en compte trois aspects indissociables qui nourrissent le droit : sa relation avec un contexte immédiat – la synchronie –, sa relation avec le temps qui passe – la diachronie – et l'articulation de la loi générale et sa concrétisation dans le cadre d'un conflit. Ainsi, le tracé de la fundamentalité n'est pas dessiné une fois pour toute, mais, comme l'a souligné le Doyen Georges Vedel⁴¹, « chaque réponse à une question concrète s'inscrit dans une suite et le pointillé s'enrichit, laissant de moins en moins d'espace non jalonné ». Pour l'éminent professeur et ancien membre très écouté du Conseil constitutionnel, chaque réponse ne s'inscrit donc pas sur une ligne droite où le point d'arrivée est déjà contenu dans le point de départ, mais dans un espace, une zone où plusieurs solutions sont possibles. Ceci n'évoque-t-il pas plutôt un tracé en boucle rétro-actif, qui est le propre du « cercle » herméneutique si bien théorisé par Paul Ricoeur ?

Oui, plutôt que de nier absolument les identités particulières ou de les accepter sans nuance, ne convient-il pas de rechercher, dans une société ouverte où le système normatif est complexe, un équilibre juste...ou juste un équilibre entre l'unicité et le pluralité ? Le chemin est sans doute difficile et, loin de la sécurité des Modernes, n'entre-t-on pas désormais sur un terrain juridique incertain⁴², puisque l'on sait bien que la nature de l'équilibre est d'être instable ?

37 En ce sens, il convient de lire l'ouvrage stimulant de André-Jean Arnaud : «Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État », LGDJ, coll. Droit et société, 1997.

38 Sur la base du principe de liberté, le Conseil a consacré la liberté de manifestation comme « droit d'expression collective des idées et des opinions » (décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité).

39 Cf. son excellent article : « L'émergence des droits fondamentaux en France », AJDA, 20 juillet/20 août 1998, numéro spécial intitulé « Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique », p. 7-42.

40 C'est cette méthode évaluative et non de type syllogistique, qui a été employée par le Conseil d'État pour résoudre le problème qui a surgi à propos du port des signes religieux distinctifs dans l'école publique laïque. Cf. note 22.

41 Georges Vedel : « Le droit au logement et le principe de la libre administration territoriale », Pouvoirs locaux, n° 8, mars 1991, p. 18.

42 À propos de la mondialisation, Mireille Delmas-Marty souligne que « l'indétermination (devient) une composante du raisonnement juridique ». In : « Du désordre mondial à la force du droit international », « Le Monde » du 22 mars 2003.